Die Stellung des Richters im ordentlichen Verfahren der solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von:

Konrad Schwaller
von Recherswil

1976
Reinhard Offset, Solothurn

Die Stellung des Richters im ordentlichen Verfahren der solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von:

Konrad Schwaller
von Recherswil

1976
Reinhard Offset, Solothurn

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Die Fakultät hat diese Arbeit am 20. Mai 1976
auf Antrag von Prof. Dr. Max Kummer als Dissertation
angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen
Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Meiner Familie
in Verbundenheit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548103_0012

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis XI

Materialienverzeichnis IXX

Verzeichnis der zu Vergleichszwecken herangezogenen Zivilprozessordnungen XXI

Abkürzungsverzeichnis XXIII

1. Kapitel EINLEITUNG 1

§ 1. Uebersicht

I. Richter und Parteien im Prozess

II. Prozessleitung

1. Formelle Prozessleitung 2

2. Materielle Prozessleitung 3

a) Richterliche Hinweispflicht 5

aa) Tatbeständliche Anbringen und Beweisanträge

bb) Rechtsbegehren 6

b) Beweismittelbezeichnung und -beiziehung

2. Kapitel STELLUNG DES SOLOTHURNISCHEN RICHTERS 8

A. GRUNDSÄTZLICHES

§ 2. Entwicklungsrichtungen

I. In den historischen Prozesskodifikationen

1. Stadtrechte von Solothurn (1604) 9

a) Zum Verfahren

b) Würdigung 10

2. Gesetz über die Civil- und Administrativgerichtsbarkeit und über einige Bestandteile des daherigen Verfahrens (1832)

a) Zum Verfahren

b) Würdigung 11

3. Code Reinert (1839) 12

a) Zum Verfahren 13

b) Würdigung 15

4. Civilprozessordnung (1891, CPO) 16

II. In den Vorentwürfen zum heutigen Prozessgesetz 17

1. Entwürfe I und II 18

2. Entwürfe III und IV

3. Entwurf V 20

4. Entwurf vom 17. August 1964 21

5. Entwurf VI 22

§ 3. Ausgestaltung der Prozessleitung im geltenden Verfahrensrecht (ZPO 58) 23

I. Formelle Prozessleitung

1. Prüfung der Prozessvoraussetzungen

2. Gesetzmässigkeit des Verfahrens 25

3. Verfahrensbeschleunigung 26

II. Materielle Prozessleitung 28

1. Hinweispflicht

2. Beweismittelbeiziehung 32

a) Meinung des Gesetzesredaktors

b) Meinung der kantonsrätlichen Kommission und des Kantonsrates 33

B. E I N Z E L H E I T E N 35

§ 4. Prozesseinleitung 36

I. Klage

1. Klageeinreichung

a) "Klageanhebung" als Begriff des Prozessrechts, insbesondere ihre Wirkungen 37

aa) Unterbrechung von Ersitzung und Verjährung 39

bb) Gerichtsstand der Widerklage 40

cc) Prozessstandschaft

dd) Einrede der Rechtshängigkeit 41

b) Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts

aa) Obligatorische Aussöhnungsverhandlung 42

bb) Fakultative Aussöhnungsverhandlung 43

2. Prüfung der Klage 44

a) Prozessvoraussetzungen 45

aa) Zuständigkeit des Gerichts 46

bb) Zulässigkeit des Prozessverfahrens 48

cc) Partei- und Prozessfähigkeit 49

dd) Prozessvollmacht

ee) Rechtsschutzinteresse 50

b) Aeussere, formelle Mängel 51

aa) Schriftliche Klage

bb) Mündliche Klage 52

c) Friedensrichtervorstand 53

3. Rückweisung und Wiedereinreichung 55

a) Verbesserung und Wiedereinreichung innert Frist 57

b) Einreichung der unverbesserten Klage innert Frist

c) Verzicht auf Wiedereinreichung 58

4. Klagerücknahme und Wiedereinreichung

a) ZPO 145

b) OR 139 59

II. Klageantwort 62

1. Einlassung auf die Hauptsache und Verweigerung der Einlassung

a) Praxis des Obergerichts 63

b) Kritik 64

c) Behandlung der Weigerung 66

2. Einwendungen gegen die prozessuale Zulässigkeit der Klage 67

a) Die Einwendungen beziehen sich auf heilbare Fehler i.S. von ZPO 133 IV 68

aa) Beanstandung durch den Richter

bb) Beanstandung durch den Beklagten 69

b) Die Einwendungen beziehen sich auf fehlende Prozessvoraussetzungen

aa) Beanstandung durch den Richter 72

bb) Beanstandung durch den Beklagten

3. Einlassung auf die Hauptsache 73

a) Klageantwort im einzelnen

b) Einschränkung der Klageantwort auf "materiellrechtliche Einwendungen von entscheidender Bedeutung" 75

c) Insbesondere die Widerklage 76

4. Sicherstellung der Parteikosten 77

III. Schluss des Schriftenwechsels 78

§ 5. Vorbereitende Verhandlung und Beweisverfügung 79

I. Die vorbereitende Verhandlung

1. Obligatorische Durchführung

2. Die richterliche Aufklärung in der vorbereitenden Verhandlung 81

a) Rechtsbegehren 82

b) Behauptungen und Beweismittel 85

3. Gütliche Beilegung 87

4. Interesse von Richter und Parteien an der Durchführung 88

II. Beweisverfügung 89

1. Grundsätzliches

2. Konkretisierung von Rechten und Lasten 90

a) Subjekt des Beweises

b) Gegenstand des Beweises

c) Beweismittel 93

§ 6. Beweisabnahmeverfahren 96

I. Mittelbarkeit der Beweisabnahme

1. Mittelbarkeit als Regel

2. Durchbrechungen 98

II. Verfahren 99

1. Bindung an die Beweisanträge

2. Einzelheiten

a) Parteibefragung

b) Urkunden 104

c) Zeugen 106

d) Augenschein 108

e) Sachverständige 109

f) Schriftliche Auskünfte 111

§ 7. Hauptverhandlung 113

I. Beweisabnahmeverfahren

II. Parteivorträge 115

III. Urteilsberatung und Abstimmung

3. Kapitel SCHLUSSBETRACHTUNG 117

Literaturverzeichnis

Aerni, René	Johann Jakob von Staal und das Solothurner Stadtrecht von 1604
	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 437 Zürich 1974
Allemann, Albert	Der Beweisbeschluss nach der neuen ZPO
	Vortrag an der Generalversammlung des solothurnischen Anwaltsverbandes vom 12. Januar 1972 (Abschrift)
Ammann, Gustav	Die Pflicht zur Edition von Urkunden und das Verfahren nach schweizerischem Zivilprozessrecht
	Diss. iur. Zürich 1931
Baur, Fritz	Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht
	in "Summum ius summa iniuria" Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9 Tübingen 1963
Becker, H.	Kommentar zu Art. 1-183 OR
	2.A. Bern 1941
Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit	
	Herausgegeben vom Bundesjustizministerium 1961 Bonn 1961 (zit. Kommissionsbericht)
Bernhardt, Wolfgang	Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess
	in "Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg", S. 9-50 München und Berlin 1949
Blomeyer, Arwed	Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren
	Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963

Blumenstein, Max	Die Bedeutung der Offizialmaxime in der bernischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 109 Bern 1935
Bomsdorf, Falk	Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit Schriften zum Prozessrecht, Band 19 Berlin 1971
Brauchli, Jakob	Die Behandlung des Beweisantrages im Zivilprozess Diss. iur. Zürich 1959
Bucher, Jörg	Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 283 Bern 1951
Cartier, Robert	Grundriss des solothurnischen Zivilprozessrechts Solothurn 1933
Döhring, Erich	Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess Berlin 1964
Fischli, Ernst	Richterliche Fragepflicht in BJM 1954, S. 81-98
Gafner, Max	Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 90 Bern 1919
Gassmann, Rudolf	Geschichte und Recht der Advokatur im Kanton Solothurn Diss. iur. Zürich 1930

Guhl, Theo	Das schweizerische Obligationenrecht 6.A. (Guhl/Merz/Kummer) Zürich 1972
Guldener, Max	Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht Zürich 1955 (zit. Guldener, Beweiswürdigung)
ders.	Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins I Basel 1961 (zit. Guldener, Bundesprivatrecht)
ders.	Schweizerisches Zivilprozessrecht 2. A. Zürich 1958 dazu: II. Supplement (mitenthaltend Supplement I) Zürich 1964 (zit. Guldener, ZPR)
ders.	Ueber die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechts Schriften zum Prozessrecht, Band 2 Berlin 1966 (zit. Guldener, Herkunft)
Haefely, Ernst	Die neue Zivilprozessordnung vor dem Kantonsrat in "Solothurner Nachrichten" vom 30.4./1.5., 2.5., 3.5. und 4.5.1966
Hasler, Kurt	Die Feststellung des Tatbestandes im Zivilprozess Versuch einer theoretischen Grundlegung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Zivilprozessrechts Diss. iur. Zürich 1926
Heusler, Andreas	Die Grundlagen des Beweisrechts AcP 62 (NF 12) 1879, S. 209-319 (zit. Heusler, AcP 62,)

ders.	Schweizerische Rechtsgesetzgebung des Jahres 1891 ZSR (NF) 11 (1892), S. 341-504 (zit. Heusler, ZSR 11,)
ders.	Der Zivilprozess der Schweiz in "Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten", Band 1 Mannheim/Berlin/Leipzig 1923 (zit. Heusler, Zivilprozess)
Juchli, Fritz	Die Beweisabnahme von Amtes wegen im erstinstanzlichen Vermögensprozess nach schweizerischen Prozessrechten Diss. iur. Zürich 1954
Keller, Theodor	Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess Diss. iur. Zürich 1963
Klein, Franz	Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses Wien 1900 (zit. Klein, Vorlesungen)
ders.	Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse in "Deutsches Rechtsdenken", Heft 13 2.A. Frankfurt a.M. 1958 (zit. Klein, Zeit- und Geistesströmungen)
Kofmehl, Fritz	Neues Zivilprozessrecht für den Kanton Solothurn Separatabdruck aus der "Solothurner Zeitung" Solothurn Juni 1965
Kummer, Max	Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 311 Bern 1954 (zit. Kummer, Klagerecht)
ders.	Kommentar zu Art. 8 ZGB in "Berner Kommentar, Einleitungsband" Nachdruck der Ausgabe von 1962 Bern 1966 (zit. Kummer N zu ZGB 8)
ders.	Grundriss des Zivilprozess

	nungen des Kantons Bern und des Bundes 2.A. Bern 1974 (zit. Kummer, Grundriss)
Lätt, Berta	Der Zivilprozess des Johann Baptist Reinert für den Kanton Solothurn vom Jahre 1839 Diss. iur. Zürich 1937
Leuch, Georg	Prozessleitung nach bernischer Zivilprozessordnung ZBJV 59 (1923), S. 497-509, 553-575 (zit. Leuch, Prozessleitung)
ders.	Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern 3.A. Bern 1956 (zit. Leuch N zu)
Matti, Hans	Zivilprozessrecht in "Die Handelshochschule", Lehrbuch der Wirtschaftswissenschaften, Band 4 Berlin 1935/1937
Mattmann, Fritz	Die Anspruchs- und Klagerechtsverwirkung aus prozessualen Gründen in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen Diss. iur. Zürich 1963
Merz, Hans	Kommentar zu Art. 2 ZGB in "Berner Kommentar, Einleitungsband" Nachdruck der Ausgabe von 1962 Bern 1966 (zit. Merz N zu ZGB 2)
Piccard, P.	Richterliche Empfehlung von Rückzug, Anerkennung oder Vergleich SJZ 37 (1940) S. 113-115
Pollak, Rudolf	Zur Lehre von der Stoffsammlung im Erkenntnisverfahren des Civilprozesses Separatabdruck aus der "Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung" Wien 1901

Rosenberg-Schwab	Zivilprozessrecht begründet von Leo Rosenberg, fortgeführt von Karl Heinz Schwab 10. A. München 1969
Schaad, Peter	Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, S. 21-137 Basel 1969
Schenker, Ernst	Zur solothurnischen Prozessreform ZBJV 62 (1926), S. 363-367
Schluep, Peter	Der Urkundenbeweis im aargauischen Zivilprozess Diss. iur. Zürich 1971
Schurter und Fritzsche	Das Zivilprozessrecht der Schweiz Band II 1. Hälfte Zürich 1931
Siegrist, Edgar	Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 132 Bern 1938
Spillmann, Margrit	Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda Diss. iur. Zürich 1973
Stampfli, Jürg	Die Verteidigung des Beklagten nach solothurnischem Zivilprozessrecht Diss. iur. Bern 1950
Studer, Arthur	Betrachtungen über die Reform des solothurnischen Zivilprozesses SJZ 13 (1917), S. 321ff. und 341ff.
Troller, Alois	Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus Basel 1945

Ulrich, Theodor	Die Gebundenheit des Klägers an den angehobenen Prozess im schweizerischen Zivilprozessrecht Diss. iur. Zürich 1945
Vollkommer, Max	Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen ZZP 81 (1968), S. 102-135
Wach, Adolf	Gutachten über die Frage: "Abgrenzung von Richterrecht und Parteibetrieb im Zivil-Prozess" Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, Band 2 Berlin 1902
Walliser, Peter	Johann Baptist Reinert und das solothurnische Civilgesetzbuch Olten 1948 (zit. Walliser, J.B. Reinert und das solothurnische Civilgesetzbuch)
ders.	Johann Baptist Reinert als Staatsmann und Gesetzgeber Jura Blätter 11 (1949), S. 33-42 (zit. J.B. Reinert als Staatsmann und Gesetzgeber)
Wüthrich, Ernst	Die Einrede nach solothurnischem Zivilprozessrecht in "Festgabe solothurnischer Juristen zum 75-jährigen Bestehen des Schweizerischen Juristenvereins", S. 89-99 Feldbrunnen 1936
Wunderlich, Urs M.	Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966 Diss. iur. Zürich 1967

Materialien zur geltenden Zivilprozessordnung

Motion von Dr. E. Wüthrich im solothurnischen Kantonsrat vom 25. Januar 1933 (KRV 1933, 493ff.)

Zusammenstellung des Justiz-Departementes des Kantons Solothurn:

E I vom 20. August 1940
E II vom 16. April 1948, mit den Eingaben:

- der Amtsgerichtspräsidenten- und Gerichtsschreiberkonferenz vom 4. März 1949
- des solothurnischen Anwaltsverbandes vom 30. November 1950
- des solothurnischen Obergerichts vom 30. März 1949

E III vom 19. August 1954
E IV (Anpassung des E III an das G über die Gerichtsorganisation) vom 4. April 1961

Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zum E IV vom 4. April 1961, mit folgenden Stellungnahmen:

- Protokoll der Beratungen der Gerichtspräsidenten und Gerichtsschreiber (24.1. - 16.3.1962)
- Auszug aus dem Protokoll des Obergerichts des Kantons Solothurn (1.2. - 26.3.1962)
- Stellungnahme des solothurnischen Anwaltsverbandes vom 13. Oktober 1962

Protokoll einer Aussprache des Justiz-Direktors mit Delegationen des Obergerichts, der Gerichtsbeamtenkonferenz und des Anwaltsverbandes vom 7. Mai 1962

Bereinigter Entwurf von Oberrichter Dr. E. Haefely, Januar 1963 (E V), mit folgenden Stellungnahmen:

- Protokoll der Gerichtsbeamtenkonferenz (22.5. - 23.10.1963)
- Auszug aus dem Protokoll des Obergerichts des Kantons Solothurn (10.6.63 - 24.4.64)

Entwurf des Justiz-Departementes vom 17. August 1964 (nicht numeriert), dazu:

- Gutachten von Prof. Dr. Max Kummer vom 18. September 1964 (Abschrift) (zit. Gutachten)
- Bemerkungen von Dr. E. Haefely zum Gutachten Kummer, November 1964 (zit. Bemerkungen)
- Gegenentwurf der Spezialkommission des Anwaltsverbandes vom November 1964 mit Erläuterungen (zit. Erläuterungen)

Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat (E VI) vom 12. Januar 1965, dazu:

Bemerkungen zum E der ZPO vom 12. Januar 1965 und zu den Abänderungsvorschlägen des solothurnischen Anwaltsverbandes von Dr. W. Fürst vom 15. März 1965 (zit. Fürst, Bemerkungen)

Protokoll der kantonsrätlichen Spezialkommission zur Vorberatung der Zivilprozessordnung (17.3.65 - 25.4.66) (zit. Spezialkommission), dazu:

- Ergebnis 1. Lesung (E vom 19. 7.1965)
- Ergebnis 2. Lesung (E vom 14. 12.1965)

(beide vervielfältigt, vom Justiz-Departement zusammengestellt)

E der kantonsrätlichen Spezialkommission vom 12. Januar 1966

Abänderungs- und Ergänzungsanträge des Regierungsrates vom 25. Januar 1966 zum E der kantonsrätlichen Spezialkommission vom 12. Januar 1966

Verhandlungen des solothurnischen Kantonsrates 1966, Sitzungen vom 3./4./10. Mai 1966 (KRV)

E des Kantonsrates vom 10. Mai 1966 mit Botschaft des Regierungsrates vom 15. Juli 1966 (Abstimmungsvorlage zum 11. September 1966) (zit. Botschaft)

Inkraftsetzung der ZPO auf den 1. Januar 1967 (RRB 4450 vom 16. September 1966)

Zu Vergleichszwecken herangezogene Zivilprozessordnungen

BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
ZH	- G betreffend den Zivilprozess vom 13. Aril 1913 - G über die Revision des Verfahrens in Zivilsachen (Antrag des RR mit Weisung vom 19. August 1971)
BE	Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918
LU	G über die Zivilprozessordnung vom 28. Januar 1913
UR	Zivilprozessordnung für den Kanton Uri vom 29. März 1928
SZ	G über die Zivilprozessordnung im Kanton Schwyz vom 3. Dezember 1915
OW	Zivilprozessordnung des Kantons Obwalden vom 2. April 1901
NW	Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 11. Juli 1970
GL	Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965
ZG	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940
FR	Zivilprozessordnung vom 28. April 1953
BS	Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875
BL	G betreffend die Zivilprozessordnung vom 20. Februar 1905 / 21. September 1961
SH	Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951
AR	G über die Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A.Rh. vom 24. April 1955
AI	G über die Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell I.Rh. vom 24. April 1949
SG	G über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939
GR	Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni 1954
AG	Zivilprozessordnung vom 12. März 1900

TG	Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 19. Oktober 1926
TI	Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971
VD	Code de procédure civile du 14 décembre 1966
VS	Zivilprozessordnung der Republik und des Kantons Wallis vom 22. November 1919
NE	Code de procédure civile de la République et canton de Neuchâtel du 7 avril 1925
GE	Loi de procédure civile du 13 octobre 1920

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BJM	Basler juristische Mitteilungen
E	Entwurf
G	Gesetz
KR	Solothurnischer Kantonsrat
KRV	Verhandlungen des solothurnischen Kantonsrates
N	Note
OGer	Solothurnisches Obergericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Pr.	Praxis des Bundesgerichts
RB	Bericht des Obergerichts des Kantons Solothurn über die Rechtspflege sowie die Geschäftsführung der Amtschreibereien, der Handelsregisterämter und der Betreibungs- und Konkursämter
RR	Solothurnischer Regierungsrat
RRB	Regierungsratsbeschluss
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Kapitel EINLEITUNG

§ 1. Uebersicht

I. Aktivität des Richters im Prozess ist "weltweites Schlagwort" geworden; die Tendenz zur Verstärkung der Richterstellung lässt sich nicht mehr übersehen (1).

Lästige Einengungen des Richters durch unnötigen Formalismus oder übertriebene Parteiherrschaft sind heute weitgehend verschwunden, ohne dass aber der Richter zum Herrscher im Zivilverfahren geworden wäre. Das moderne "Leitbild" des Prozesses (2) überlässt den Parteien weiterhin Initiative und Verantwortlichkeit; dem Richter ist dagegen die Leitung des Verfahrens und -unter gewissen Voraussetzungen- eine Unterstützung der Parteien übertragen.

Dies allein kennzeichnet die ausgewogene, zweckmässige und -für die Parteien- erträgliche starke Richterstellung. Ein Mehr wäre wie ein Weniger zum Nachteil des Verfahrens.

II. Soll es bei der Parteiinitiative und -verantwortlichkeit bleiben, haben weiterhin die Parteien zu unternehmen, was die Geltendmachung und Wahrung ihrer Rechte im Prozess erfordert. Der Richter nimmt ihnen nichts ab, er wacht bloss, dass sie nichts unterlassen (3). Auf seinen Wink werden sie nur allzugerne Ergänzungen anbringen und Korrekturen vornehmen.

---

(1) So etwas überspitzt Baur 101.
(2) Vgl. bspw. ZH Weisung 120 und ähnlich Kofmehl 8.
(3) Vgl. Heusler, Zivilprozess 95.

Es könnte nun leicht der Eindruck entstehen, der Prozess sei eine "Wohlfahrtseinrichtung", ein "Glied sozialer Hilfe" (1). - Indessen, eine soziale Aufgabe oder Zweckbestimmung kommt dem Zivilprozess nicht zu. Führt der Richter einen Ausgleich unter den Parteien herbei, tut er es bloss, um zu vermeiden, dass eine Partei wegen prozessualer Unterlegenheit in der materiellrechtlichen Beurteilung benachteiligt wird (2). Soziale Unterschiede zwischen den Parteien sind dabei nicht massgebend (3); im Vordergrund steht das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des Prozesszwekkes, der Rechtsschutzgewährung und Rechtsverwirklichung ist (4).

Nicht um den Parteien zu helfen, sondern aus Sorge um die Verwirklichung des Prozesszweckes greift der Prozessleiter ein. Solche Fürsorge ist Mittel, den Prozesszweck zu erreichen; es ist die sogenannte "Prozessleitung": Führen, Anregen, Fragen und Helfen (5).

Zu unterscheiden ist zwischen der formellen und der materiellen (6) Prozessleitung. Beide sind nötig: diese bedingt jene.

1. Formelle Prozessleitung ist das Recht und die Pflicht des Richters, für einen gesetz- und zweckmässigen Ablauf des Verfahrens und seinen raschen Abschluss zu sor-

---

(1) Diese Ideen beherrschen das prozessuale Denken von Franz Klein, vgl. Zeit- und Geistesströmungen 25ff.
(2) Vgl. Troller 65.
(3) Vermögenslosigkeit oder zumindest nicht hinreichendes Einkommen spielen hingegen eine Rolle bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege oder beim nachträglichen Kostenerlass.
(4) Vgl. zum Zweck Kummer, Grundriss 2ff.
(5) Vgl. Leuch, Prozessleitung 575.
(6) Auch Sachleitung.

gen.
Die richterlichen Anordnungen beziehen sich nicht direkt auf den Streitgegenstand, nur auf das Verfahren, auf seine Gestaltung und Durchführung.

2. Anders die materielle Prozessleitung.

Dem Richter erwächst daraus das Recht und die Pflicht, auf die Stoffsammlung (1), in einem gewissen Mass auf die Prozessführung überhaupt, Einfluss zu nehmen. "Einflussnahme" ist jedoch nie "Untersuchung"; der Zivilrichter würde sonst eine Rolle spielen, die ihn überforderte (2). - Daneben ist die Sachleitung nicht durch starre Maximen geprägt (3). Im Gegenteil, sie ist wie kaum ein anderes prozessuales Institut geeignet, beizutragen, dass den Umständen des Einzelfalles die ihnen zukommende Beachtung geschenkt wird, und ist gerade deswegen weitgehend Ermessenssache.

Betätigt sich der Richter im Rahmen dieses Ermessens, muss er beachten, dass überall, wo er aus einer zurückhaltenden, abwartenden Stellung hervortritt, der Verdacht, aus einem anderen als dem Interesse an der Rechtsverwirklichung zu handeln, auf ihm lastet, und dass umgekehrt, wenn er die durch seine Prozessleitungsaufgabe gebotene Mitwirkung unterlässt, der Eindruck entsteht, er scheue die Mühen seines Amtes (4). - Der Ausweg aus diesem Dilemma führt notwendig über eine gewissenhafte Abwägung der beteiligten Interessen. Regeln

---

(1) Einführung der Tatsachen, die Entscheidungsgrundlage werden sollen, und Beschaffung des Beweismaterials, vgl. Pollak 11ff.; Rosenberg-Schwab 369 und Bucher 18.
(2) So Rötheli, Spezialkommission 15.
(3) Vgl. Gafner 30.
(4) Vgl. Leuch, Prozessleitung 574.

lassen sich dafür nicht aufstellen, höchstens einzelne Richtlinien:

Sachleitung ist vorerst kein Freipass zu Denkfaulheit und Gleichgültigkeit. Unterlässt eine Partei wissentlich, vorzukehren, was erforderlich scheint, verletzt sie mithin ihre "natürliche Pflicht" (1) im Prozess, so besteht kein Grund, sie zu unterstützen (2).

Ungenügende Diligenz der Parteien braucht anderseits richterliche "Eingriffe" nicht notwendig zu veranlassen. Ein "Privileg des Nichtwissens" existiert nicht; massgebend ist immer die Entschuldbarkeit (3).

Der Richter ersetzt aber auch nie den Anwalt. Sachleitung heisst nicht umfassende Rechtswahrnehmung, und sie setzt nicht statt, sondern nach der Tätigkeit der Parteien ein. Ihr Ausmass ist zudem nicht unbeschränkt; der Richter geht nur darauf aus, die Parteien zu Ergänzungen, Klarstellungen und allenfalls Berichtigungen zu veranlassen.

Die Frage, was und wieviel zu tun sei, stellt sich immer anders. Insbesondere ist nie um eine Abwägung aller Einzelheiten des konkreten Falles herumzukommen, so dass eine weitere Schematisierung zwecklos wäre. - Zeigen sich aber nicht gerade deshalb in der Art und Weise, wie das Prozessleitungsamt ausgeübt wird, die wahren Richter-Qualitäten (4) ?

---

(1) Hasler 25.
(2) Vgl. Leuch, Prozessleitung 567f.; Troller 76 - Im übrigen ergibt sich dies bereits aus dem Grundsatz der Parteiinitiative und -verantwortlichkeit, vgl. dazu S. 1.
(3) Vgl. Fischli 94f.
(4) Hier ist an Leuchs Ausspruch (Prozessleitung 501) zu erinnern: "Zeige mir, wie deine Prozessleitung ist, und ich werde dir sagen, wer, was und wie du bist."

a) Hauptbestandteil der Sachleitung ist die richterliche Hinweispflicht. Mag auch die Ausdrucksweise in den Prozessgesetzen variieren (1), wichtiger als die Bezeichnung ist die Art, wie der Richter diese Aufgabe bewältigt.

Nach welchen Gesichtspunkten vorzugehen ist (2), entscheidet sich nach dem zugrundeliegenden Prozessgesetz.

aa) Praktisch überall steht dem Richter zu, zum Zwecke der Ergänzung oder wahrheitsgemässen Feststellung des Sachverhaltes auf Unklarheiten oder Lücken in den tatbeständlichen Anbringen und in den Beweisanträgen aufmerksam zu machen.
Am besten wird er mit den Parteien die tatbeständliche und rechtliche Seite des Streitfalles erörtern (3). Erfolgversprechend sind dabei nur präzise Fragen oder Aufforderungen, aus welchen sich unmissverständlich zu ergeben hat, wo noch Ergänzungen und Klarstellungen nötig sind.

Auf eindeutige, auch unbestrittene Vorbringen, welche den Willen der Parteien klar erkennen lassen, soll sich die Diskussion nicht beziehen. Nicht die Willensbeeinflussung, sondern die Sorge, dass der vorhandene Wille in die prozessual richtige und verständliche Form gebracht wird, ist Aufgabe des Richters.

Natürlich muss den Parteien immer offenstehen, die angeregten Massnahmen noch (oder überhaupt) rechtswirksam zu treffen. Der richterliche Hinweis wäre sonst ohne Sinn (4).

---

(1) So Einvernahme, Befragung, aufmerksam machen, Fragerecht etc.
(2) Meistens werden es mehrere sein, vgl. Gafner 84.
(3) Vgl. Gafner 79ff.
(4) Das Institut verträgt sich daher nicht mit einem strengen Formalismus, wie er bspw. durch die "Eventualmaxime" gefordert wird.

bb) Leuch (1) meint, wenn richterliche Hinweise zum Zwecke der Ermittlung des wahren Sachverhaltes zugelassen seien, dürften sie sich ebenso auch auf Mängel in den Rechtsbegehren beziehen.
Diese erst in neuerer Zeit anerkannte Ausweitung der materiellen Prozessleitung (2) wird vom prozessökonomischen Interesse getragen, dass ein bestehender Streit in ein und demselben Verfahren nach Möglichkeit endgültig beigelegt und einem neuen vorgebeugt werden soll (3).

Rechtsbelehrung durch Hinweis auf fehlerhafte Rechtsbegehren, ja sogar auf die Zweckmässigkeit von Klageänderungen oder auf nichtbenutzte Verteidigungsmittel, sollte daher dem Prozessleiter nicht verwehrt sein; dies wenigstens soweit, als sich daraus nicht wesentliche Weiterungen des Verfahrens ergeben (4).

b) Aus Gründen der Zweckmässigkeit ist auch die Beiziehung und Bezeichnung der Beweismittel den Parteien aufgetragen (5). Wird dies auch dem Richter zugestanden, liegt darin allerdings noch keine Annäherung an die "Untersuchungsmaxime": Die Parteien entscheiden ja weiterhin, in welchem Umfang und wielange Rechtsschutz zu gewähren sei, und insbesondere bleibt der Richter an den von ihnen eingebrachten Sachverhalt gebunden.
Das Prozessleitungsamt befreit den Richter somit einzig

---

(1) Prozessleitung 569.
(2) Vgl. Leuch N 1 zu 89; Kummer, Grundriss 66; Troller 91; Schaad 101 - anders noch Gafner 87.
(3) Vgl. Bernhardt 39.
(4) Vgl. Leuch, Prozessleitung 571.
(5) Vgl. Heusler, AcP 62, 251; Wach 5; Bernhardt 14; Siegrist 73 und Juchli 6.

von der Bindung an die Beweisanträge der Parteien: Er kann aktenkundige Beweismittel auch ohne entsprechenden Parteiantrag heranziehen. - Damit entfällt der bestimmende Einfluss der Parteien auf die Behandlung ihrer Ansprüche im Beweisstadium (1); der Richter kann von sich aus mit den aktenkundigen und nicht bloss mit den von den Parteien beantragten Beweismitteln die Wahrheit erforschen (2).

Eine Schranke bleibt aber weiterhin zu beachten: Die Nichtleistung eines allfälligen Kostenvorschusses. Wird dieser innert Frist nicht hinterlegt, ist anzunehmen, die damit belastete Partei verzichte auf den entsprechenden Beweis (3).
Ein Ermessensspielraum besteht nicht; die Leistung des Beweiskostenvorschusses ist notwendige Voraussetzung für richterliche Beweisführungen (4).

Die Argumentation, ein zur Beweismittelbeiziehung berechtigter Richter werde kostspielige, nicht notwendige Gutachten einholen (5), geht daher fehl. Eine solche Aeusserung zeugt eher von einem Misstrauen dem Richter gegenüber, der nicht als fähig erachtet wird, zu entscheiden, ob der Beizug eines Beweismittels vertretbar sei.

---

(1) Vgl. Heusler, Zivilprozess 95.
(2) Vgl. Kommissionsbericht 239.
(3) Vgl. Juchli 21.
(4) Vgl. Guldener, ZPR, Supplement II, 38; Spillmann 56 und Entscheid des bernischen Appellationshofes vom 21. März 1968 in ZBJV 106 (1970) 33f. - Nicht zu unrecht wurde deshalb im regierungsrätlichen Entwurf zur neuen zürcherischen Zivilprozessordnung Satz 2 des § 166 gestrichen, der lautete: "Die Beweisabnahme von Amtes wegen darf nicht zwingend von der Vorschussleistung abhängen", vgl. Weisung 152.
(5) So der solothurnische Anwaltsverband, zit. im Bericht des RR zum E IV, 20 - mit Recht kritisiert durch Kummer, Gutachten 6.

A. GRUNDSÄTZLICHES

§ 2. Entwicklungsrichtungen

In Solothurn ist man schon immer darauf bedacht gewesen, die althergebrachten Formen des Verfahrens möglichst unverfälscht beizubehalten. Fremde Prinzipien haben im Prozess jeweilen nur mit Schwierigkeiten Aufnahme gefunden.

I. In den historischen Prozesskodifikationen

Ganz allgemein war in der Schweiz bis zur Regeneration für das Verfahren in Zivilsachen mehr die Person des jeweiligen Richters als eine feste Regelung massgebend. Nach Vorschriften wurde dabei nicht viel gefragt: Den Nachlässigen machte der Richter auf das Versäumte aufmerksam, den auf sein Recht Pochenden wies er in die Schranken der Bescheidenheit zurück, streitige Tatsachen verifizierte er selbst und ersparte so den Beteiligten die Mühe der Beweisführung - jeder Fall wurde also nach seiner Individualität behandelt (1).

Dieser freien Richterstellung entsprach es, dass in Solothurn, vornehmlich in oberen Instanzen, der Richter zugleich als Fürsprech der Parteien amtete. Er tat dies aber nicht als Vertreter einer Partei, sondern stand neben ihr, nicht an ihrer Stelle, und er kehrte nach beendeter "Fürsprache" wieder unter die Urteiler zurück (2).

---

(1) Vgl. Guldener, Herkunft 13.
(2) Vgl. Gassmann 30.

Dem solothurnischen Richter kam daher lange Zeit eine hervorragende Stellung zu. Er stand im Mittelpunkt des Verfahrens, er war eigentliche Triebkraft der Rechtsprechung und in seiner Stellung ausschlaggebend für die Rechtsentwicklung.

1. Stadtrechte von Solothurn (1604)

Das Gesetzbuch ist eine Kompilation aus den Nürnberger und Freiburger (i.B.) Stadtrechten (1). Indirekt entstammt es somit zu gewissen Teilen dem gemeinen Recht der Rezeptionszeit, während andere Teile darin ausdrücklich als "bisherige Gewohnheiten und Gebräuche" bezeichnet werden.

Das Prozess- und Vollstreckungsverfahren findet sich in einem ersten Teil, in 11 Titeln.

a) Zum Verfahren: Der Prozess beginnt am ordentlich verkündeten Termin mit der Einführung der Klage. Damit der Beklagte weiss, ob er sich "widersetzen oder abstehen" soll, müssen von Anfang an Klagegrund und Streitwert angegeben werden.

Alles übrige ist zu einem grossen Teil Sache des Gerichts, was sich in Ziff. VI, 7 deutlich widerspiegelt:

> Wie aber und mit was Worten und Anhalten in jeder Sach' und Handel die Klage soll gesetzt, dawider excipirt, durch Replik usw. oder sonst in anderweg von einem Termin zu dem andern procediert werden, dessen soll sich Niemand weiter beladen oder einlassen, dann hierin, oben und nach, begriffen ist - denn es den Inwohnern dieser Stadt und Land Solothurn nicht nütze ist, sich zuviel in Subtilheiten der Rechten in diesen Satzungen zu verflechten.

Beweismittel sind Zeugen und -eine Unterart- Urkunden.

---

(1) Vgl. Aerni 224.

Eine Bindung des Richters an die Beweisanträge der Parteien besteht nicht; es ist ihm unbenommen, von Amtes wegen weitere Beweiserhebungen durchzuführen.

b) Wenn das Verfahren der Stadtrechte im Volk geschätzt und auch verstanden worden ist, so nur dank seiner Einfachheit und weitgehenden Formfreiheit.

Dass sich solche "Vorzüge" nur durch übertriebene Stärkung der Richterstellung erkaufen lassen (1), mag damals nicht ins Gewicht gefallen sein. Im Gegenteil, eine andere Verfahrensform hätte den damaligen patriarchalischen Zuständen nicht entsprochen.

2. Gesetz über die Civil- und Administrativgerichtsbarkeit und über einige Bestandteile des daherigen Verfahrens (1832)

Es ist dies zwar noch keine vollständige Zivilprozessordnung; verglichen mit zeitgenössischen Erlassen ist es indessen eine höchst beachtenswerte Leistung (2).

Vorbild für den Gesetzgeber ist offensichtlich der gemeine Prozess gewesen. Die fast absolutistische Stellung des Richters ist verschwunden; gemeinrechtlicher Formalismus und eine weitgehende Parteiherrschaft kennzeichnen das Verfahren.

a) Zum Verfahren: Dem amtsgerichtlichen Prozess geht neu ein Einleitungsverfahren voraus.

Misslingt der Einigungsversuch des Präsidenten, können die Parteien ihre Vorträge sofort mündlich oder schriftlich zu Protokoll geben. Der Kläger ist dabei ausdrück-

---

(1) Vgl. dazu Baur 100ff.
(2) Vgl. Schurter und Fritzsche 239.

lich gehalten, sämtliche Tatsachen "nach ihrer Zeitfolge vollständig und deutlich" anzugeben und zugleich alle Beweismittel zu nennen.
Lässt sich der Beklagte ein, hat auch er sämtliche Tatsachen und Beweismittel auf einmal vorzubringen.
Unbestrittenes wird als wahr unterstellt.
Enthält die Klageantwort neue Tatsachen, hat der Kläger Gelegenheit zu einer Replik - finden sich in der Replik neue Tatumstände, hat der Beklagte Anspruch auf eine Duplik.
An die Vorträge schliesst sich die Beweisführung an.

In der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung ist den Parteien ein mündlicher Vortrag, jedoch "ohne Hinzufügung neuer Tatsachen oder Einbringung neuer Belege" gestattet.
Nimmt der Richter im Verlauf der Verhandlung Undeutlichkeiten oder Widersprüche in den Vorträgen wahr, kann er von den Parteien bis zur Urteilsfällung Ergänzungen und Berichtigungen verlangen.

Einziges Beweismittel sind die Zeugen. Jeder Gegenbeweis ist ausgeschlossen; der Gegner des Beweisführers kann aber die "Ausstellung" des Zeugen verlangen, worüber in einem gesonderten Verfahren zu befinden ist.

Das Gericht ist an die Beweisanträge der Parteien gebunden.

b) Das Prozessgesetz von 1832 ist eindeutig gemeinrechtlich orientiert: ausgeprägte Parteiherrschaft bezüglich des äusseren und inneren Verfahrensablaufs, strenge Eventualmaxime nebst anderem bisher ungewohntem Formalismus.
Von der beherrschenden Stellung des Richters ist ein Bruchstück, das Recht, auf Undeutlichkeiten und Widersprüche aufmerksam zu machen, übrig geblieben.

Volksverbundenheit oder gar Langlebigkeit waren indessen

dem neuen Prozess nicht beschieden (1); der Bruch mit der jahrhundertealten Ueberlieferung war zu abrupt.

3. Code Reinert (1839)

Die Ursachen für den "über die Massen schleppenden und langsamen Gerichtsgang" nach dem Verfahrensgesetz von 1832 erkannte wahrscheinlich nur einer, der Redaktor des neuen Gesetzbuches JOHANN BAPTIST REINERT.

Seine Meinung über das bisherige Verfahrensgesetz lautete wie folgt (2):

> Man ist zu ängstlich gegen den Gerichtspräsidenten gewesen. Er hat manchmal bloss zusehen müssen, wo er raten und wirksam hätte eingreifen können.
> Da wird zum Beispiel regelmässig Bedenkzeit verlangt, wo auch nichts als 'ja' oder 'nein' nötig wäre, und der Präsident hat nicht das Recht, etwas dagegen zu sprechen. Das nämliche ist der Fall bei den Kundschaften (Zeugen). Sobald sie verlangt werden, muss sie der Präsident zugeben, obgleich er sie durchaus unnötig findet.

Dass das Ungenügen der Prozessordnung von 1832 vorwiegend auf die Schwächung der Richterstellung zurückzuführen war, galt für Reinert als Tatsache.
Er bemühte sich denn auch, die Stellung des Richters zu verbessern. Seiner gemässigten Haltung (3), insbesondere aber auch der gegen jede Verstärkung der Richterstellung gerichteten Opposition (4) -Ausdruck

---

(1) 7 Jahre nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes musste ein anderer Prozess eingeführt werden.
(2) Grossratsprotokoll vom 16. Juni 1837.
(3) Darüber Walliser, J.B. Reinert und das solothurnische Civilgesetzbuch 47ff.; ders. J.B. Reinert als Staatsmann und Gesetzgeber 34ff.
(4) Die damalige Stimmung wird um einiges verständlicher, wenn berücksichtigt wird, dass die junge, eben erst zur Selbständigkeit erwachte Volksherrschaft sich gegen jede Amtsgewalt von oben stemmte. Das Volk

davon ist, dass dem Gesetzesredaktor zur Auflage gemacht war, dass Aenderungen an bestehenden oder Aufstellung neuer Hauptgrundsätze nur nach vorheriger Genehmigung durch den Grossen Rat in den Entwurf aufgenommen werden durften (1)- ist es zuzuschreiben, wenn die Richterstellung im Vergleich zu jener im Gesetz von 1832 entscheidend, verglichen mit jener der Stadtrechte aber nur unbedeutend verbessert wurde.

Die von Reinert selbst gesteckten Ziele (2) dürfen sich noch heute sehen lassen (3):

1. Die formelle Wahrheit soll so viel als nur möglich mit der materiellen übereinstimmen.
2. Im Prozedieren soll keine Ueberstürzung mit Ueberrumpelung des andern Teils stattfinden. - Unnötige Verschleppungen sollen jedoch auch nicht Platz greifen.
3. Jeder soll so wohlfeil als nur möglich zu seinem Recht gelangen.

a) Zum Verfahren: Dem erfolglosen Sühneversuch vor dem Friedensrichter schliesst sich das Einleitungsverfahren an. Ziel dieses Abschnittes ist die Ausmittelung der Einreden, der eingestandenen Tatsachen, der Beweissätze (4), Beweismittel und der Ausstellungsgründe (5) (6).

---

wollte lieber selber zum Rechten sehen; jede fürsorgliche Leitung von oben war verpönt. Jedermann wollte selber entscheiden, was er im Prozess dem Richter unterbreiten und was diesem nicht zur Kenntnis gelangen sollte, vgl. Lätt 62 und 96.

(1) Vgl. G vom 23. Februar 1838 und Lätt 73.
(2) Grossratsprotokoll vom 18. November 1839, Lätt 82.
(3) Sie sind denn der neuen Zivilprozessordnung erneut vorangestellt worden, vgl. Botschaft 1.
(4) Vgl. zu diesem Begriff S. 52 Anm. 3.
(5) Das sind auf Parteiantrag zu beachtende Ablehnungsgründe wegen Befangenheit, vgl. Code Reinert 248.
(6) Code Reinert, § 100.

Prozessvoraussetzung, somit auch von Amtes wegen zu prüfen, sind die sachliche Zuständigkeit und die Abhaltung des Aussöhungsversuchs vor dem Friedensrichter. Alles übrige ist den Parteien überlassen und von ihnen einredeweise geltend zu machen. Mängel, die nicht rechtzeitig gerügt werden, heilen.

Das Verfahren ist mit Ausnahme der Klage, welche schriftlich angehoben werden kann, mündlich.

Am ersten Rechtstag haben die Parteien sämtliche Tatsachen, Beweismittel, Einreden und Ausstellungsgründe anzugeben. Der Kläger darf seiner früheren Darstellung aber nichts Neues beifügen.
Zwei Vorträge pro Partei sind die Regel, der Präsident kann nach Bedürfnis weitere bewilligen.
Erhebt der Beklagte eine Einrede, und weigert er sich, auf die Hauptsache einzutreten, kann ihm der Präsident Frist zur materiellen Beantwortung ansetzen. - Bei der Abwägung, ob Haupt- und Einredesache in der Folge getrennt oder gemeinsam zu behandeln seien, ist immer zu berücksichtigen, dass durch Zweiteilung das Verfahren nicht ungebührlich verlängert wird und den Parteien durch die gemeinsame Behandlung nicht unnötige Schwierigkeiten erwachsen. - Die Weigerung des Beklagten, sich auf die Hauptsache einzulassen, kommt einem Geständnis gleich.

Der Präsident allein verfügt über Fristen, Termine, Trennungen und Aussetzungen. Er ordnet auch an, mit welchen Beweismitteln von welcher Partei Beweis zu erbringen ist. Die Beweisabnahme findet in der Regel erst vor versammeltem Gericht statt.

In der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung erhalten die Parteien Gelegenheit zur Darstellung und Belegung ihrer Standpunkte. Sie sind dabei auf die im Protokoll verzeichneten Einreden und Beweismittel beschränkt, "ausser

wenn erstere ihren Grund in solchen Verhältnissen haben, die erst nach der Einleitung entstanden, und letztere bei der Einleitung begehrt, von dem Amtsgerichtspräsidenten aber verweigert worden sind".
Der Präsident oder durch ihn das Gericht sollen jedesmal, wenn sie Mängel in den Vorträgen wahrnehmen, die Parteien darauf aufmerksam machen und ihnen Gelegenheit zur Berichtigung und Ergänzung geben.
Beweismittel sind Urkunden, Augenschein, Sachverständige, Zeugen und Eid. Beweis darf nur über genau bestimmte, beweisbedürftige und erhebliche Tatsachen geführt werden und setzt Zulässigkeit und Geeignetheit der beantragten Beweismittel voraus.
Gegenbeweis ist jetzt zugelassen.
Es gilt die freie richterliche Beweiswürdigung (1).
Der Richter ist ausdrücklich an die Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge der Parteien gebunden. Mehr oder anderes als verlangt worden ist, darf nicht zugesprochen werden.

b) Reinert hatte ohne jeden Zweifel einen für seine Zeit vorbildlichen Prozess geschaffen.

Prinzipien, wie die formelle Prozessleitung, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, Durchbrechungen der strengen "Eventualmaxime" als Folge der -beschränkten- materiellen Prozessleitung, ferner auch ein neuzeitlich anmutendes Beweisrecht, machen den Reinert-Prozess zu einem noch heute beachtlichen Werk.

Wenn der neue Prozess schon bald wieder in einen schlechten Ruf geriet (2), trifft die Schuld einzig und allein die "selbstherrlichen Gerichtspräsidenten", die sich

---

(1) Dabei handelt es sich um die erste feststellbare Definition dieses Prinzips, vgl. Schurter und Fritzsche 259.
(2) Prozessverschleppungen wegen der überhandnehmenden Schriftlichkeit, vgl. bspw. RB 1855 Nr. 11.

nicht an die Vorschriften zu halten wussten (1).

4. Civilprozessordnung (1891, CPO)

Die Einführung des SchKG gab im Jahre 1891 Anlass, das als "rein formalistisch und kompliziert" bezeichnete Verfahren (2) einer Totalrevision zu unterziehen.

Verbesserungen der richterlichen Stellung brachte die Revision aber nicht - höchstens Verschlechterungen, da sie das "Grundübel des solothurnischen Prozesses", die Verfahrensverschleppungen, geradezu legalisierte. Im übrigen erwiesen sich die Neuerungen vorwiegend als redaktionelle Aenderungen ohne jede Tragweite (3).

Die wohlgemeinte Absicht des Gesetzgebers, das Verfahren zu verkürzen (4), liess sich natürlich nicht durch Abbau der richterlichen (formellen) Prozessleitungsbefugnisse verwirklichen.
Am meisten Anstoss erregte aber die sogenannte "Wiedereinführung der Mündlichkeit" (5) - eine "Neuerung" (6), die besser als "Legalisierung der bisherigen missbräuchlichen Praxis" bezeichnet worden wäre (7).

---

(1) Vgl. Schenker 363ff.
(2) Botschaft zur CPO, S. 6.
(3) Vgl. Heusler, ZSR 11, 417f.
(4) So Regierungsrat Affolter, KRV 1891, 102.
(5) Heusler (ZSR 11, 418f.) sagt darüber: "Es hatte sich eben im Laufe der Zeit zuerst bei complizierten Rechtsfällen das Bedürfnis gezeigt, das schriftliche Verfahren anzuwenden, und dann war es überhaupt ziemlich allgemein geworden ... Das wurde übertrieben und machte den Wunsch rege, für geringfügige Sachen namentlich wieder das mündliche Anbringen der Klage usw. zu ermöglichen. Das alte Gesetz hätte dazu vollauf genügt, es war meistens nur Bequemlichkeit der Gerichtspräsidenten gewesen, wenn sie den Kläger zur schriftlichen Einlegung der Klage anhielten ...".
(6) Botschaft zur CPO, S. 6. (7) Vgl. Studer 324.

II. In den Vorentwürfen zum heutigen Prozessgesetz

Nach der missglückten Revision von 1891 zeigte sich bald, dass nur eine weitere, diesmal grundlegende Aenderung des Verfahrensgesetzes Abhilfe schaffen konnte.

Ein "Abänderungsgesetz" von 1926 sollte als "vorläufiger Notbehelf" (1) die grössten Unzulänglichkeiten beseitigen. Anschliessend wollte man sofort an das "grosse Werk einer neuen Gerichtsorganisation nebst einer durchgreifenden Prozessreform" herangehen (2).

Wenn dem Verfahren bisher vorgeworfen worden war, es sei zu schwerfällig, zu langfädig und zu teuer, richtete sich die Kritik nunmehr gegen das Ganze; Solothurn war, beeinflusst durch neuere, insbesondere die bernische Prozessrevision, von einer "Reform-Bewegung" erfasst worden (3).

Der Reinert-Prozess galt nunmehr als "Ableger des gemeinen Zivilprozesses" (4), die "Verhandlungsmaxime" als "bedenklich" und der Erforschung der materiellen Wahrheit abträglich (5). Originalität und Volksverbundenheit wurden dem Verfahren abgesprochen; die Forderung lautete: "Unser Volk wäre froh, wenn es ein Prozessverfahren bekäme, das rascher und billiger ist, komme es schliesslich, woher es wolle." (6)

Dass damit die sinnlose, vierzig Jahre anhaltende "Maximendiskussion" eröffnet war, merkte niemand; Schlagwörter wie "Offizialmaxime", "Parteiverhör" etc. hatten

---

(1) Bericht und Antrag des RR an den KR vom 20. Januar 1925; Haefelin, KRV 1926, 20.
(2) So der Justizdirektor im Kantonsrat, KRV 1926, 11.
(3) Vgl. dazu Schenker 363ff.
(4) Egger, KRV 1926, 18.
(5) Bericht des RR an den KR zum E IV, 9.
(6) Egger, KRV 1926, 17.

selbst "klare Köpfe" verwirrt. (1)
Wenigstens stand jetzt die formelle Prozessleitung nicht mehr zur Diskussion.

1. Der 1926 angekündigte Entwurf erschien jedoch erst vierzehn Jahre später, nach einem erneuten Vorstoss im Kantonsrat (2).

Als Redaktor zeichnete der juristische Sekretär des Justiz-Departementes, Oscar Odermatt. Der Entwurf wurde in der Folge von einer Spezialkommission überarbeitet und am 16. April 1948 als E II des Justiz-Departementes vorgelegt.

Der Richter handelte jetzt von Amtes wegen, soweit er nicht auf den Antrag einer Partei verwiesen war.
Das "Vorbild" des neuen Gesetzes, den Berner Prozess, hatte man sogar überboten (3): die Bindung des Richters an den von den Parteien eingebrachten Sachverhalt war nicht vorgesehen. - Dem Richter war es somit unbenommen, nicht aktenkundige und in die Verhandlung nicht einbezogene Tatsachen zur Grundlage seines Entscheides zu machen. Die Durchführung von "Untersuchungen" gehörte sogar zu seinen Pflichten, da in dieser Hinsicht jede Bezugnahme auf die Parteianträge fehlte (4).

Eine Bindung an die Beweisanträge der Parteien bestand nicht; der Richter war ausdrücklich ermächtigt, Beweismittel herbeizuziehen, die von keinem Teil angerufen worden waren.

2. Ohne nennenswerte Aenderungen präsentierten sich die Entwürfe III (10. August 1954) und IV (4. April 1961), wobei der E IV bloss in einer Anpassung des E III an

---

(1) Schenker 364.
(2) Motion von Kantonsrat Dr. E. Wüthrich, KRV 1933, 493ff.
(3) Man vergleiche BE 202 II mit E II, 261.
(4) So auch Kofmehl 4.

das inzwischen erlassene Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 5. März 1961 bestand.

Mit dem "überbordenden Einfluss der Offizialmaxime" (1) liess es sich indessen nicht vereinbaren, wenn der Regierungsrat im begleitenden Bericht zum E IV (2) erklärte, man habe die "Bedeutung und Stellung" des verhandlungsleitenden Richters bei der Ermittlung des wahren Sachverhaltes erkannt. - In diesem Falle hatte er sie nämlich nicht erkannt oder -nach dem Folgenden- viel wahrscheinlicher: materielle Prozessleitung und Untersuchungsmaxime wurden nicht auseinandergehalten (3).

3. Wenn die Reaktion auch recht lange auf sich warten liess, so trat sie dafür mit einer "überraschenden Intensität" (4) ein und liess die Meinungen ins Gegenteil umschlagen.
Wie es dazu kam, zeigt das Protokoll einer Unterredung des Justizdirektors mit Vertretern des Obergerichts, der Gerichtsbeamtenkonferenz und des Anwaltsverbandes vom 7. Mai 1962:

Das Obergericht erblickte im E IV eine "nicht mehr zu ertragende Steigerung der richterlichen Verantwortung", den Anwaltsverband befriedigte die "weitgehende Untersuchungsmaxime" nicht mehr, während die Gerichtsbeamten nunmehr an der "bewährten Tradition" festhalten und kein "eigenständiges Gut" preisgeben wollten. - Eine "mittlere Lösung" wurde einheitlich befürwortet. Die Last des Handelns sollte wieder auf den Parteien ruhen; der Richter hatte sie einzig auf Abweichungen vom richtigen Weg aufmerksam zu machen.

Der Wert der eigenen, von Reinert begründeten Prozess-

---

(1) So Kofmehl 4 über den E IV.
(2) Bericht und Antrag des RR an den KR zum E IV, 9.
(3) Darüber unten S.28ff.
(4) Jeger, KRV 1966, 276.

tradition war damit wieder erkannt worden.
Man war nicht mehr bereit, "bewährtes solothurnisches Gut" preiszugeben (1). Ein Solothurner -vom Beizug eines Ausserkantonalen wurde ausdrücklich abgeraten (2)- sollte mit der Ueberarbeitung des E IV im Sinne der eigenen Prozesstradition beauftragt werden.

Solothurner nahmen sich vor, nach solothurnischem Muster ein Werk für Solothurner zu schaffen (3).

Der Auftrag zur Ueberarbeitung des E IV ging an Oberrichter Dr. Haefely.
Das Ergebnis seiner Arbeiten, der E V vom Dezember 1962 (Bereinigte Ausgabe Januar 1963), vereinigte, wie er später erklärte (4), die Wünsche der Richter und Anwälte, den Reinertschen Prozess und die Meinung der neuesten Prozessgesetze in sich.

Der Richter war darin ausdrücklich an die Behauptungen und Beweisanträge der Parteien gebunden; Ergänzungen von Amtes wegen hatte er nicht vorzunehmen.
Die materiellen Prozessleitungsbefugnisse waren in 56 V umschrieben:

> Der Richter ist befugt, in jedem Stadium des Verfahrens die Parteien einzuvernehmen, um sie auf Fehler, Lücken oder Unklarheiten in ihren Anbringen aufmerksam zu machen. Auch darf er sie veranlassen, die für die Feststellung des wahren Sachverhaltes nötigen Tatsachen und Beweismittel vollständig anzugeben.

Ueber den Entwurf wurde in der Folge ein ausgedehntes

---

(1) Vgl. das Eingeständnis von Jeger, KRV 1966, 276.
(2) So Schürmann und Kofmehl in der Besprechung mit dem Justizdirektor vom 7. Mai 1962.
(3) Vgl. Kofmehl 8; ähnlich auch Affolter, KRV 1966, 198.
(4) Haefely, Gerichtsbeamtenkonferenz vom 22. Mai 1963.

Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. (1)

4. Gestützt auf die Eingaben aus diesem Verfahren entstand ein weiterer -nicht numerierter- Entwurf des Justiz-Departementes vom 17. August 1964.
Dieser wurde Professor Kummer zur Begutachtung unterbreitet.

Die Stellung des Richters entsprach jener im E V.
Auf Antrag des Obergerichtes war 56 V (neu 56 IV), die Umschreibung der materiellen Prozessleitungsbefugnisse, gekürzt worden. Die Bestimmung lautete jetzt:

> Der Richter ist befugt, in jedem Stadium des Verfahrens die Parteien auf Fehler, Lücken oder Unklarheiten aufmerksam zu machen.

Das Obergericht hatte dazu folgende Begründung abgegeben (2): "Wesentlich ist, dass der Richter die Parteien auf die Fehler etc. aufmerksam machen darf. Deshalb ist das hervorzuheben und nicht der Umstand, dass er sie einvernehmen darf (Diese Einvernahme kann ja ohnehin nichts anderes sein als ein Gespräch über Fehler und Lücken). Der zweite Satz des Absatzes ist wegzulassen. Er meint, richtig verstanden, nichts anderes als der erste Satz ..."

Die "richterliche Hinweispflicht" war deshalb inhaltlich nicht geändert worden. Immerhin war aber einiges zur Auslegung der Vorschrift beigetragen:
Bestand nämlich die Meinung, der Hinweis auf "Fehler, Lücken oder Unklarheiten" sei dasselbe wie die Anregung von Ergänzungen zur "Feststellung des wahren Sachverhaltes", hatten die "Hinweise" ausschliesslich der Er-

---

(1) Die Anfragen richteten sich an das Obergericht, den Anwaltsverband und die Gerichtsbeamtenkonferenz.
(2) Auszug aus dem Protokoll des OGer, Sitzung vom 11. Juni 1963.

mittlung des wahren Sachverhaltes zu dienen (1), was, von Haefely bestätigt (2), bedeutete, dass Rechtsberatung, Hinweis auf mangelhafte Rechtsbegehren, auf ungenutzte Angriffs- und Verteidigungsmittel, dem Prozessleiter verwehrt waren.

5. Der nächste und letzte (offizielle) Entwurf -E VI des Regierungsrates vom 12. Januar 1965- wurde von einer Spezialkommission des Kantonsrates in zweimaliger Lesung durchgearbeitet. Zur Behandlung im Kantonsrat gelangte er im Mai 1966, die Volksabstimmung fand am 11. September des gleichen Jahres statt.

Wesentliche strukturelle Aenderungen, die sich auf die Stellung des Richters als Sachleiter ausgewirkt hätten, enthielt der regierungsrätliche Entwurf trotz der vielbeachteten Kritik im Gutachten Kummer nicht.

---

(1) Die Kritik des Begutachters richtete sich daher eher gegen die Umschreibung als gegen das Prinzip von 56 IV im E vom 17. August 1964, vgl. Gutachten 4.
(2) Vgl. Spezialkommission 46.

§ 3. Ausgestaltung der Prozessleitung im geltenden Verfahrensrecht (ZPO 58)

I. Formelle Prozessleitung

Die Absätze 1 und 2 des heutigen § 58 lauten:

> [1]Der Richter prüft von Amtes wegen die Prozessvoraussetzungen und leitet das Prozessverfahren.
>
> [2]Er hat dafür zu sorgen, dass den gesetzlichen Vorschriften und den richterlichen Anordnungen Folge geleistet und der Prozess möglichst rasch zu Ende geführt wird.

1. Mit dem allgemeinen Grundsatz, dass der Richter das Prozessverfahren zu leiten habe, ist jede Selbstsorge der Parteien für den äusseren Verfahrensablauf ausgeschlossen: Die formelle richterliche Prozessleitung setzt mit dem Eingang der Klage ein und erstreckt sich über das ganze Verfahren.

Erste und wohl auch wichtigste Aufgabe des Prozessleiters ist die Prüfung der Klage, insbesondere der Prozessvoraussetzungen. Diese Prüfung ist von Amtes wegen, nach der "eigentlichen Offizialmaxime" (1) durchzuführen.

Bestreitungen, ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennungen durch die Parteien sind daher nicht relevant; die richterliche Prüfung hat unabhängig vom Verhalten der Parteien einzusetzen.

Das Gericht genügt indessen seiner Prüfungspflicht, wenn es die nötigen Feststellungen macht, sobald Bedenken am

---

(1) Botschaft 6. - Die Ausdruckweise ist aber nicht ganz zutreffend; richtig wäre "Untersuchungsmaxime". Der Unterschied ist indessen nie gemacht worden.

Vorhandensein oder Anhaltspunkte für das Fehlen auftauchen (1).

Die Geltung der "Untersuchungsmaxime" (2) schliesst die Parteien von der Stoffsammlung nicht aus. Denn hält die ZPO fest, dass der Kläger, der die Bemängelung seiner Klage bestreitet, gleichzeitig seine Beweismittel anzugeben habe (3), liegt es nicht am Richter, das in Betracht fallende, das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen bekräftigende Beweismaterial zu beschaffen. Ja, er kann sogar die Klageantwort auf eine Stellungnahme zu allfälligen Mängeln beschränken und so den Beklagten dazu anhalten, Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, welche die Darstellung des Klägers widerlegen (4).

Was Leuch (5) für bernische Verhältnisse feststellt, trifft somit in Solothurn ebenfalls zu:

> Die Pflicht zur Prüfung von Amtes wegen enthebt die Parteien nicht der Beweislast und bedingt nicht, dass das Gericht die Beweise selbst beibringe, sondern macht nur nötig, dass es Beweise von den Parteien fordere.

Zu beachten ist ausserdem, dass es dem Richter in jedem Stadium, bis zum Urteil, zusteht, auf eine fehlende Prozessvoraussetzung zurückzukommen. "Parteiverfügungen" über Prozessvoraussetzungen, insbesondere durch übereinstimmendes Handeln oder absichtliches Verwirkenlassen des "Einrede-Rechts" (6), sind deshalb ausgeschlossen (7).

---

(1) Vgl. Leuch N 3 zu 191.
(2) Für die Solothurner eine "eigentliche Offizialmaxime", vgl. oben S. 23 Anm. 1.
(3) Vgl. ZPO 134.
(4) Vgl. ZPO 138 I.
(5) Leuch, N 1 zu 193.
(6) Vgl. ZPO 138 II.
(7) Ausgenommen die örtliche Zuständigkeit, vgl. unten S. 46f.

2. Der in ZPO 58 II hervorgehobene Auftrag des Richters, den gesetzlichen Vorschriften und den eigenen Anordnungen Nachachtung zu verschaffen, lässt nicht etwa auf eine besondere Eigenwilligkeit der Solothurner schliessen. Andere, noch neuere Prozessgesetze (1) tun dies in gleicher Art.

Ist es im allgemeinen unnötig, die Parteien im Prozess durch Rechtspflichten zum Handeln zu veranlassen, besteht anderseits auch kein Grund, sie auf dem gleichen Weg zu richtigem, den richterlichen Anordnungen und dem Gesetz entsprechenden Handeln zu veranlassen. Die Aussicht auf prozessuale Nachteile schafft nämlich gewöhnlich mehr Respekt, als es jede Rechtspflicht vermöchte.

Zu diesen Nachteilen gehören das Säumnisurteil (2), die Verwirkung (3) oder Abschreibung (4), Kosten- und Entschädigungsfolgen (5) sowie das dem Richter zugestandene Recht (und Pflicht), einen Beweis frei zu würdigen (6) und dabei das Verhalten einer Partei, wie das Nichtbefolgen einer Vorladung, die Verweigerung der Antwort oder das Vorenthalten möglicher Beweismittel, mitzuberücksichtigen. - Eine ausdrückliche Androhung dieser Nachteile ist im allgemeinen nicht erforderlich (7).

Bei Verletzung der "Gerichtsdisziplin" (8), einer der wenigen in der ZPO umschriebenen Parteipflichten,

---

(1) Vgl. bspw. NW 49 und ZH (Entwurf) 52.
(2) ZPO 210.
(3) ZPO 31, 83 und 298 I.
(4) ZPO 94, 100 und 220 III.
(5) ZPO 123-125, 135 III, 143 II, 147, 201 III und 298 I.
(6) ZPO 153.
(7) Ausgenommen bei Massnahmen nach ZPO 31, 94 II und III sowie 220 III.
(8) Wie sich die ZPO in 30 missverständlich ausdrückt. Gemeint sind Verletzungen der Anstandsregeln, bös- oder mutwillige Prozessführung.

können disziplinarische Strafen verhängt werden (1).

3. Verfahrensbeschleunigung ist ein allgemeines und auch ein altes Postulat in der Prozessrechtsgeschichte.

Sicher hat der damit betraute Richter nicht bloss Verzögerungstaktiken der Parteien entgegenzutreten (2). Die Gründe für die langdauernden Prozesse sind mannigfaltiger: Ueberlastungen der Richterämter, die zunehmende Kompliziertheit der zur Beurteilung stehenden Sachverhalte und der massgebenden Gesetzesbestimmungen, sogar ungeschickte Anordnungen des Prozessgesetzgebers, tragen dazu bei - letztlich aber liegt immer auch ein Mangel in der richterlichen Prozessleitung vor (3).

Mit Rechtsregeln allein ist der langen Dauer der Prozesse nur begrenzt beizukommen (4); Prozessbeschleunigung muss auch und vorwiegend dem Richter aufgetragen werden, da er es in der Hand hat, als Prozessleiter auf die Termine und den Umfang des Prozessstoffes einzuwirken und das Verfahren voranzutreiben.
Verfahrensbeschleunigung ist deshalb teil der Prozessleitung. Auch hier stellt sich die Frage, was und wieviel zu tun sei, jedesmal anders (5). Im Einzelfall ist abzuwägen, ob dem Interesse an rascher Prozesserledigung oder jenem an gründlicher Abklärung des Sachverhaltes der Vorrang gebührt (6). - Zum Vorteil des Verfahrens

---

(1) ZPO 32 und 175.
(2) Was die Botschaft 6, unter Prozessbeschleunigung zu verstehen scheint.
(3) Vgl. Leuch Prozessleitung 500 und Kommissionsbericht 178.
(4) Vollkommer 110ff.
(5) Vgl. schon S. 4.
(6) Darauf weisen bspw. ZPO 81, 139 und 202.

ist dies aber nur, wo die Abwägung ausschliesslich durch den Richter, ohne jede Einflussnahme der Parteien, vorgenommen werden kann (1).

Wichtig scheint, dass sich der Richter in jedem Fall möglichst rasch eine umfassende Kenntnis des Sachverhaltes verschafft. Gelingt ihm dies, sieht er davon ab, Verschiebungs- und Fristerstreckungsgesuchen ohne nähere Prüfung zu entsprechen. Auch wird er Prozessvereinfachungen, Trennungen, Beschränkungen der Klageantwort oder Sistierungen, rechtzeitig anordnen.

Zurückhaltung und Abwarten sind jedenfalls fehl am Platz (2). Der Prozessleiter gefährdet mit dieser Einstellung nicht nur die Ermittlung des wahren Sachverhaltes; die zweckmässige Erledigung eines Streitfalles ist überhaupt in Frage gestellt.

---

(1) Es war daher in Solothurn nicht gerechtfertigt, das Beweismittel der schriftlichen Auskunft als Instrument der Prozessbeschleunigung hinzustellen. Solche Auskünfte dürfen nach der ZPO nämlich nur im Einvernehmen mit den Parteien eingezogen werden, vgl. ZPO 196 und unten S. 111f.

(2) Eigenartigerweise wird dem Prozessleiter immer nur dies vorgeworfen; vom Gegenteil, von Ueberschreitungen der Prozessleitungsbefugnisse, hört man nie, vgl. Heusler, Zivilprozess 105; Leuch, Prozessleitung 565; Juchli 80 und speziell für Solothurn Allemann 4.

II. Materielle Prozessleitung

Wenn immer in Solothurn die materielle Prozessleitung zur Diskussion stand, sind fast unweigerlich Schlagworte wie "Offizialmaxime" und "Verhandlungsmaxime" eingeworfen worden (1).
Der Redaktor des E V verstieg sich sogar zur Aeusserung (2): "Die meisten neueren Prozessgesetze folgen nämlich der Offizialmaxime, wonach es das Recht oder gar die Pflicht des Richters ist, von sich aus, ex officio, neben den Parteien Prozessstoff zu sammeln und Beweismittel beizuziehen", was zeigt, dass er nicht nur die "neueren Prozessgesetze", sondern das Wesen der Prozessleitung überhaupt verkannte.

Prozessleitung ist nämlich weder Ausnahme von der Verhandlungsmaxime noch Konzession an die Untersuchungsmaxime. Sie ist Ausgleich, gewissermassen Synthese, zwischen den gegensätzlichen Interessen im Prozess (3); starre Vorschriften, Prozessgrundsätze oder Maximen, sind daher ungeeignet für die Umschreibung der Richtertätigkeit (4).

1. Hinweispflicht

Nachdem der Regierungsrat in seinem Bericht an den Kantonsrat zum E VI (5) erklärt hatte, Aufgabe des Prozessleiters sei es, zu sorgen, dass alle Prozesshandlungen der Parteien in der richtigen Form vorge-

---

(1) So bspw. Bericht des RR an den KR zum E VI, 9; Kofmehl, Gerichtsbeamtenkonferenz vom 22. Mai 1963; KRV 1966, 190; Botschaft 9.
(2) Haefely, Solothurner Nachrichten vom 30. April 1966.
(3) Vgl. Kummer, Grundriss 67.
(4) Vgl. die Kritik bei Bomsdorf 182ff. und 278ff.
(5) A,a.O. 9.

nommen würden, und damit weit über den Rahmen der Bestimmung im E vom 17. August 1964 (1) hinausging, war zu erwarten, dass die kantonsrätliche Kommission eine einschränkendere Fassung, zumindest aber eine Konkretisierung, vorschlagen werde.

Die Kommission stellte in der Folge tatsächlich einen entsprechenden Antrag (2).
Die Hinweispflicht war darin nach dem Vorbild des Bundeszivilprozesses (3) konkretisiert; sie erstreckte sich jedoch, weiter als im Code Reinert und im E V, nicht nur auf die Stoffsammlung, sondern auch auf die Rechtsbegehren. Der Antrag lautete:

> Der Richter soll jedoch die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren oder unvollständige Behauptungen und Beweisanträge aufmerksam machen und ihnen Gelegenheit geben, ihre 'Anbringen' (4) zu ergänzen. Dies kann jederzeit geschehen.

Da der Regierungsrat auf seiner im E VI geäusserten Meinung bestand und weiterhin eine umfassende Ausgestaltung der Hinweispflicht wünschte, unterbreitete er dem Kantonsrat einen Aenderungsantrag zu der von der

---

(1) Vgl. S. 22 Anm. 1 und 2.
(2) E der kantonsrätlichen Spezialkommission vom 12. Januar 1966, 58 IV. Dabei herrschte die Meinung vor, dass dem Richter mit der allgemein gehaltenen Umschreibung zu viel zugemutet werde. Um allfälligen Rückgriffen auf den Richter zuvorzukommen, begrenzte und konkretisierte man die Hinweispflicht.
(3) Die Uebernahme der entsprechenden Bestimmung wäre aber nicht in Frage gekommen, Spezialkommission 46.
(4) Versehentlich wurde bei der Uebertragung des Ergebnisses der ersten Lesung der Spezialkommission der Ausdruck "Anbringen" durch "Anträge" ersetzt. Das Missgeschick blieb unbeachtet, so dass heute streng genommen nur zur Ergänzung der "Anträge" aufgefordert werden könnte. Die Einschränkung ist aber weder gewollt noch entspricht sie dem Sinn des Gesetzes.

Spezialkommission vorgeschlagenen Formulierung. Dieser lautete (1):

> Der Richter soll jedoch die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren oder unvollständige Behauptungen und Beweisanträge oder auf weitere Fehler, Lücken oder Unklarheiten aufmerksam machen und ihnen Gelegenheit geben, ihre Anträge zu ergänzen. Dies kann jederzeit geschehen.

Die Regierung wollte damit die Hilfsmöglichkeiten des Richters an "schwache und unbeholfene Parteien" (2) "etwas weitergehend" (3) ausgestalten. Riskierte demzufolge eine Partei wegen "ungeschickter Prozessführung" (4) oder "ungenügender Wahrnehmung ihres Rechtes und ihres Standpunktes" (5) den Prozess zu verlieren, sollte es dem Richter zugestanden sein (6), einzugreifen und so einen Ausgleich zu schaffen.

In den kantonsrätlichen Verhandlungen wandten sich Affolter und Schürmann gegen den Zusatzantrag (7): Die Ausweitung sei nicht nötig; Anwendungsfälle, in welchen die Formulierung der Kommission nicht genügte, liessen sich nicht nennen. Der Zusatz bringe somit nichts Neues, höchstens eine "Verwässerung durch Verallgemeinerung". - Jeger (8) stellte dies in Abrede:

---

(1) RRB vom 25. Januar 1966. Neu Hinzugefügtes ist unterstrichen.
(2) Jeger, KRV 1966, 279.
(3) Jeger, a.a.O. 272.
(4) Haefely, Spezialkommission 46.
(5) Jeger, a.a.O. 271.
(6) Jeger (a.a.O. 271) betonte ausdrücklich, dass es dem Richter "nach seinem Gewissen" zustehen sollte, noch etwas mehr zu helfen. Er wollte daher auch nicht eine Rechtspflicht statuieren, sondern den Richter bloss "anweisen" (a.a.O. 277).
(7) KRV 1966, 267ff.
(8) KRV 1966, 277ff.

Er verwies aber bloss auf die "etwas grössere Möglichkeit im Sinne der Hilfe an schwache und unbeholfene Parteien" und -etwas unverständlich- auf die "genau gleich klaren oder unklaren" Formulierungen im E VI und in der Kommissionsvorlage.

Wollte die Regierung deshalb nur verdeutlichen, was die Kommission -unausgesprochen- vorausgesetzt hatte?

Dieser Eindruck entsteht fast unweigerlich. Denn hätte eine materielle Differenz bestanden, hätte Jeger den Einwendungen anders, nicht nur mit dem Hinweis auf die "etwas grössere Möglichkeit", begegnen müssen, da Affolter und Schürmann ja gerade diese in Frage gestellt hatten.
Bestand aber keine materielle Differenz, "stritt" man sich um eine gesetzestechnische, also bloss sekundäre Frage.

Mit der Annahme des regierungsrätlichen Zusatzes hat deshalb der Kantonsrat eine "Doppelspurigkeit" in die ZPO gebracht. Die Unterstützung durch den Solothurner Zivilrichter ist wie überall Aufklärung und Rechtsberatung. Seine Hinweise erstrecken sich auf unvollständige Behauptungen und Beweisanträge, aber auch auf unzulängliche Rechtsbegehren und nichtbenützte Angriffs- und Verteidigungsmittel.

Der Zusatz mag optisch als "Verwässerung" erscheinen; materielle Bedeutung kommt ihm aber nicht zu, da es immer zu den Aufgaben des Prozessleiters gehört, zu hindern, dass eine Partei wegen ihrer prozessualen Unterlegenheit in der materiellrechtlichen Beurteilung benachteiligt wird (1).

---

(1) Vgl. oben S. 2.

2. Beweismittelbeiziehung

Kummer (1) bezeichnete die absolute Bindung des Solothurner Richters an die Beweisanträge der Parteien als "bedauerlichen Rückfall": Der jüngste kantonale Prozess würde damit "allein auf weiter Flur" mit einem "Anachronismus" aufwarten.

Der kantonsrätlichen Kommission und dem Kantonsrat (2) machte dies offenbar keinen Eindruck; die entsprechende Bestimmung der ZPO lautet heute nämlich (3):

> Der Richter ist bei der Feststellung des Sachverhaltes an die Behauptungen und Beweisanträge der Parteien gebunden; er darf sie nicht von Amtes wegen ergänzen. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Untersuchungsverfahrens.

a) Haefely (4) erwiderte auf Kummers Kritik: "Wir haben im Kanton Solothurn mit der Verhandlungsmaxime und den Beweiserhebungen nur auf Parteiantrag keine schlechten Erfahrungen gemacht. Wenn nun noch dazukommt, dass der Richter die Parteien auf Lücken und Mängel der Prozessführung aufmerksam machen soll (was bisher nicht der Fall war), dann ist nicht einzusehen, warum er nun gegen den Willen einer Partei -auf das käme es heraus- Beweiserhebungen machen soll ..."

---

(1) Gutachten 6.
(2) Immerhin zitierte Kantonsrat Weber einige Sätze aus dem Gutachten und fügte dann bei (KRV 1966, 272): "Soll ein Gutachten eines Wissenschaftlers, eines Fachmannes, einfach übergangen werden? Das gibt uns zu denken!". - Zufriedenstellende Antworten wurden ihm jedoch weder von Seiten der Kommission noch der Regierung erteilt.
(3) ZPO 58 III.
(4) Bemerkungen 2.

Eine solche Ansicht ist verfehlt: "Gegen den Willen einer Partei", nachdem er sie auf den Mangel hingewiesen und ihr Richtigstellung empfohlen, hätte der Richter nämlich auch als Prozessleiter nie Beweiserhebungen durchgeführt.

Dass der Redaktor des massgebenden Entwurfs einem solchen Irrtum erlegen ist und dass sich diese Meinung durch alle Beratungen hindurch unverändert hat halten können, kann heute nur bedauert werden.

b) Wie der regierungsrätliche Sprecher im Kantonsrat erklärte, hätte jede Loslösung des Richters von der Bindung an die Beweisanträge der Parteien "alter bis auf Reinert zurückgehender solothurnischer Tradition und Grundauffassung" widersprochen (1). Aehnlich meinte es der Kommissionssprecher (2). Er stellte fest, es bestehe kein Anlass, aus "überspitzt dogmatischen Ueberlegungen" heraus "bewährte Leitsätze" aufzugeben. Im übrigen stehe der Entwurf "im Einklang mit neuzeitlicher -wenn auch nicht unbestrittener- prozesswissenschaftlicher Lehre".

Die Opposition war dieser Argumentation leider nicht gewachsen; der Aenderungsantrag der Regierung obsiegte letztlich mit grossem Mehr (3).

Solothurn steht somit tatsächlich "allein auf weiter Flur"; alle andern schweizerischen Kantone (4) gehen

---

(1) Vgl. Jeger, KRV 1966, 190.
(2) Vgl. Affolter, KRV 1966, 196.
(3) KRV 1966, 280.
(4) Dies gilt namentlich für die Beweismittel "Sachverständiger" und "Augenschein", vgl. BZP 37, 55 und 57, ZH 211 und 212, BE 214, 260 und 264, LU 181 und 185, UR 198 -Sachverständige nur auf Antrag einer Partei (199), SZ 262 und 272, OW 152 und 158, NW 160 und 163, GL 200 und 202, ZG 178 und 181, FR 200, 240

den Weg, wie ihn Kummer den Solothurnern empfohlen hat.

Die starke Traditionsverbundenheit (1), die Verkennung der materiellen Prozessleitung und -damit verbunden- die konsequente Ablehnung der vermeintlichen "Offizialmaxime", leider auch eine Fehlbeurteilung "neuzeitlicher prozesswissenschaftlicher Lehren" und manchmal sogar Misstrauen (2) vermischt mit Zweifeln (3) dem Richterstand gegenüber, haben verhindert, dass die richterliche Stellung weiter ausgebaut worden ist.

Die solothurnische Zivilprozessordnung enthält somit tatsächlich einen Anachronismus.

---

und 249, BL 146 und 149, SH 216 und 219, AR 175 und 178, AI 194 und 199, SG 249 und 252, GR 212 und 213, AG 203 und 217, TG 242 und 247, VD 220 und 240, VS 235 und 240, NE 247 und 305, GE 171, 258 und 274. - Eine Ausnahme macht lediglich BS, wo Augenschein und Begutachtung durch Sachverständige getreu der Ansicht von Heusler Instruktionsmittel des Richters geblieben sind.

(1) Tradition darf im Verfahrensrecht zur Geltung kommen. Dies aber nur in einem begrenzten Rahmen, soweit als überlieferte Verfahrensformen der bestmöglichen Verwirklichung des Prozesszweckes nicht entgegenstehen.

(2) So bspw. in der Eingabe des Anwaltsverbandes zum E III. Die Anwälte lehnten darin die Beweismittelbeiziehung von Amtes wegen mit der Begründung ab, der Richter könne sonst kostspielige, nicht unbedingt notwendige Expertisen anordnen, vgl. Bericht des RR zum E IV, 20 und den Kommentar hiezu oben S. 7.

(3) So bspw. die fast kleinlich wirkenden Diskussionen, ob in ZPO 58 IV "soll","kann", "hat" oder "muss" zu setzen sei (Spezialkommission 44ff. und KRV 1966, 278ff.), wobei es darum ging, den Ausdruck zu wählen, der den Richter zu möglichst viel berechtigte, gleichzeitig aber nur moralisch und nicht rechtlich verpflichtete: Eine Verantwortlichkeitsklage "komme keinesfalls in Frage" (Jeger, KRV 1966, 277). - Zu denken gibt auch die Bemerkung: "Die solothurnischen Richter sind den bernischen gegenüber inferiorer" (Spezialkommission 205).

B. EINZELHEITEN

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf das ordentliche Verfahren des solothurnischen Zivilprozesses:

Einmal werden nämlich die meisten Rechtsstreitigkeiten im ordentlichen Verfahren erledigt und zum andern hat sich -wenn überhaupt (1)- einzig hier eigenständiges kantonales Rechtsgut erhalten können, da alle andern Verfahrensarten vom übergeordneten materiellen Recht geprägt sind.

Im ordentlichen Verfahren werden alle Rechtsstreitigkeiten ausgetragen, die nicht ausdrücklich einer anderen -besonderen- Verfahrensart zugewiesen sind.
Das amtsgerichtliche Verfahren (2) nimmt hier eine besondere Vorzugsstellung ein: Es ist in der Prozessordnung sehr eingehend geregelt und als "allgemeine Basis" (3), als "Modellverfahren" (4), umschrieben worden; seine Grundsätze sind sinngemäss auf alle andern Verfahren vor allen Instanzen anwendbar.

Das ordentliche amtsgerichtliche Verfahren soll daher Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen sein.

---

(1) Kritisch dazu Guldener, Herkunft 9ff.
(2) Jede der 5 Amteien besitzt ein Zivil-Amtsgericht, bestehend aus einem Präsidenten, 4 Laienrichtern und einem Gerichtsschreiber. Der Präsident wirkt zugleich als Instruktionsrichter.
(3) Botschaft 10.
(4) Jeger, KRV 1966, 192.

§ 4. Prozesseinleitung

Mit der unpräzisen Formulierung in 128

> Die Prozesseinleitung erfolgt im schriftlichen Verfahren.

bekennt sich die ZPO zur Schriftlichkeit im ersten Abschnitt des amtsgerichtlichen Verfahrens (1). Missstände, wie sie früher vorgekommen sind (2), können sich heute nicht mehr ergeben: Die Zahl der Rechtsschriften ist nämlich beschränkt, auf Klage und Antwort (3).

I. Klage

1. Klageeinreichung

Das Marginale von ZPO 56 -Klageanhebung- ist irreführend. "Klageanhebung" ist ein Begriff des Bundesrechts; ZPO 56 handelt demgegenüber von der Begründung der Rechtshängigkeit (4) - ein Vorgang, der mit der "Klageanhebung" nicht unbedingt identisch zu sein braucht (5).

---

(1) "Prozesseinleitung" ist trotz der Doppeldeutigkeit in 128 allgemein das erste Verfahrensstadium im amtsgerichtlichen Verfahren.
(2) Schenker (363) schreibt darüber: "Es hat in der Tat Zeiten gegeben, und sie liegen noch nicht allzuweit zurück, da der Rechtsschriftenwechsel der Parteien über Triplik und Quadruplik hinauszuführen und erst dann aufzuhören pflegte, wenn den Anwälten die lateinischen Bezeichnungen ausgingen."
(3) ZPO 142 I - dies immerhin im Regelfall, vgl. auch Jeger, KRV 1966, 191.
(4) Es werden Formen zu ihrer Begründung aufgezeigt, vgl. Fürst, Bemerkungen 7.
(5) Darüber unten S. 41f.

Vorerst soll nun die "Klageanhebung" als Begriff der ZPO, als Vorkehr zur Begründung der Rechtshängigkeit, betrachtet werden. Im Anschluss daran wird untersucht, welche Akte im Verfahren als Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts zu gelten haben.

a) Rechtshängigkeit tritt mit der Klageeinreichung beim Gericht ein (1) oder -bei Benützung der Post- mit der Aufgabe der Sendung bei einer Schweizer Poststelle (2).

Rechtshängigkeit kann aber auch auf dem Weg der sogenannten "mündlichen Klage", eine vereinfachte Form der ordentlichen Klageerhebung, begründet werden (3).

Die Einreichung eines Begehrens um Durchführung einer Aussöhnungsverhandlung vor dem Friedensrichter (4) ist demgegenüber Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts; Rechtshängigkeit tritt hier nicht ein.

Fehlende Prozessvoraussetzungen stehen dem Eintritt der Rechtshängigkeit so wenig entgegen (5) wie eine nach Form und Inhalt fehlerhafte "Klageanhebung" (6).

---

(1) Auf die Zuständigkeit kommt es nicht an, vgl. ZPO 82 V.
(2) Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit wird in der ZPO nirgends ausdrücklich genannt, vgl. demgegenüber noch E V, 128. - Es ergibt sich dies aber aus der -ausgesprochenen (Jeger, Spezialkommission 47)- Meinung des Gesetzgebers, in der ZPO die Bestimmungen "chronologisch", nach dem tatsächlichen Verlauf des Verfahrens, aneinanderzureihen und auch aus einzelnen direkten Aeusserungen von Fürst, Bemerkungen 7f. und Haefely, Spezialkommission 78.
(3) Vgl. Jeger, Spezialkommission 78.
(4) Unten S. 53f.
(5) Vgl. Guldener, ZPR 241; Kummer, Grundriss 74f.; Rosenberg-Schwab 463. - Auszunehmen wäre höchstens die fehlende Prozessvollmacht, dazu unten S. 49f.
(6) Allenfalls aber erst unter der Voraussetzung von 133 III oder 134.

Stellt der Richter bei der Prüfung einer Klage Mängel (1) fest, und weist er sie deswegen zurück, hängt es vom Kläger ab, ob die Rechtshängigkeit fortbesteht: Reicht er die Klage innert zehn Tagen nicht wieder ein, entfällt die Rechtshängigkeit mit allen ihren Wirkungen; reicht er sie dagegen fristgerecht und verbessert wieder ein, lässt die Prozessordnung die Rechtshängigkeit bereits im Zeitpunkt der ersten Klageeinreichung eintreten (2). - Der Kläger kann die Beanstandung durch den Richter aber auch bestreiten, auf Zustellung an den Beklagten beharren und die Klage unverbessert innert der gesetzten Frist neu einreichen, was bewirkt, dass die Rechtshängigkeit nie unterbrochen worden ist (3).

Die materiellrechtlichen Wirkungen sind indessen nicht dieselben: Kommt der Einreichung einer verbesserten Klage nunmehr rückwirkend auf den Zeitpunkt der ersten Klageerhebung die Bedeutung der Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts zu, bleibt bei Wiedereinreichung einer unverbesserten Klage die -allenfalls eingetretene- Verjährung oder Verwirkung in der Schwebe, bis sich das urteilende Gericht über die bestrittenen Mängel geäussert hat. Bestätigt es die Bemängelung des Instruktionsrichters, tritt es mit andern Worten auf die Klage nicht ein, sind Verjährungs- und Ersitzungsfristen nicht unterbrochen bzw. Verwirkungsfristen nicht gewahrt. Erweist sich anderseits die Bemängelung des Instruktionsrichters als unbegründet, sind die materiellrechtlichen Fristen bereits mit der ursprünglichen Klageeinreichung unterbrochen bzw. gewahrt worden.

---

(1) Die aus ZPO 134 hervorgehende Meinung, Klagen seien nur wegen fehlender Prozessvoraussetzugen, nicht aber wegen anderer Mängel zurückzuweisen, widerspricht 133 III, wo allgemein von "Wiedereinreichung" die Rede ist.
(2) Vgl. 133 III.
(3) Vgl. 134.

Die Rechtshängigkeitswirkungen sind in der ZPO wie folgt umschrieben (1):

> Die Rechtshängigkeit hat namentlich folgende Wirkungen:
>
> a) sie unterbricht jede Ersitzung und Verjährung,
>
> b) sie begründet den Gerichtsstand der Widerklage,
>
> c) die Veränderung oder Veräusserung des Streitgegenstandes während der Rechtshängigkeit bleibt ohne Einfluss auf die Legitimation zur Sache,
>
> d) wird der Prozess anderweitig anhängig gemacht, so steht dem Beklagten die Einrede der Rechtshängigkeit zu.

Wie der Ausdruck "namentlich" besagt, will die Umschreibung nicht abschliessend sein. Die Vorschrift steht in einem engen Zusammenhang mit verschiedenen andern Bestimmungen, so bspw. mit jener über den Klagerückzug (2) und die Klageänderung (3), über die Zulässigkeit nachträglichen Anbringens (4), dann auch mit dem Verbot, in einer zur Verbesserung zurückgewiesenen Klage den Tatbestand zu ändern oder zu ergänzen (5) und mit der in der heutigen Struktur eigenartig anmutenden Vorschrift, dass dem Urteil der Tatbestand zugrunde zu legen sei, wie er zur Zeit der Urteilsfällung besteht (6).

aa) Da jede, auch die fehlerhafte Klage mit der "Anhebung" rechtshängig wird und materiellrechtliche Wirkungen erst einer ordnungsgemäss erhobenen Klage

---

(1) ZPO 57.
(2) Vgl. ZPO 145 und unten S. 58ff.
(3) Vgl. ZPO 144 und unten S. 82ff.
(4) Vgl. ZPO 143 und unten S. 82ff.
(5) Vgl. ZPO 133 III.
(6) Vgl. ZPO 203 III und unten S. 115.

zukommen (1), kann die Vorschrift von ZPO 57a nur im Zusammenhang mit jener in ZPO 133 III, mit der dort vorgesehenen möglichen Rückdatierung der Rechtshängigkeit, allgemeine Bedeutung beanspruchen (2).

Die Bestimmung ist daneben auch in anderer Beziehung ungenau: Die darin umschriebenen Wirkungen -Unterbrechung von Verjährung und Ersitzung- können nämlich schon früher, beispielsweise mit dem Friedensrichtervorstand, vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit also, eintreten (3).

bb) Den Widerklagegerichtsstand "begründet" die Rechtshängigkeit nur, wenn der durch die Widerklage erhöhte Streitwert die sachliche Zuständigkeit nicht verändert (4), und wenn für die Behandlung der Widerklage kein ausschliesslicher Gerichtsstand vorgesehen ist (5).

Entfällt die Vorklage nachträglich, bleibt dies ohne Auswirkungen auf die Widerklage.

cc) Veränderungen oder Veräusserungen des Streitgegenstandes nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit bleiben ohne Einfluss auf die Sachlegitimation.

Hinter dieser Vorschrift steckt die Ueberlegung, dass es sinnlos wäre, einen Prozess bei Veräusserung des Streitgegenstandes abzubrechen, weil ja anschliessend im Verfahren gegen den Erwerber doch wieder die Berechtigung seines Rechtsvorgängers am Streitgegenstand untersucht werden müsste (6).

---

(1) Vgl. 85 II 504; Leuch N 2 zu 160; Becker N 1 zu OR 139; Guhl 287; Mattmann 25.
(2) Dabei ist vorauszusetzen, dass die Bemängelung nicht etwa bestritten wird; andernfalls gilt das oben S. 38 Gesagte.
(3) Darüber unten S. 42f.
(4) Vgl. ZPO 7.
(5) Vgl. ZPO 22.
(6) Leuch N 1 zu 160.

Der Veräusserer behält somit die Parteistellung, obwohl er nach materiellem Recht nicht mehr Träger des Streitgegenstandes und somit zur Sache nicht mehr legitimiert ist. Indessen tritt er nun nicht etwa als Bevollmächtigter auf, sondern als "Prozessstandschafter" (1).

dd) Gehört das Fehlen der Rechtshängigkeit zu den Prozessvoraussetzungen (2), ist es eine verfehlte Ausdrucksweise, dem Beklagten gegen den zweiten Prozess um den nämlichen Streitgegenstand die "Einrede der Rechtshängigkeit" einzuräumen.
Die Prozessordnung nimmt darauf aber keine Rücksicht; die Ausdrucksweise "Prozesseinrede wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" (3) beweist dies zur Genüge.

b) Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts

Den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit bestimmt das Prozessrecht.
Würde nun das materielle Recht auf diesen in den einzelnen kantonalen Verfahrensgesetzen zeitlich verschieden angesetzten Eintritt der Rechtshängigkeit abstellen und daran Rechtsfolgen, namentlich die Wahrung bundesrechtlicher Fristen (4), anknüpfen, müssten sich notwendigerweise Unterschiede in der Rechtsanwendung ergeben.

Das Bundesgericht hat deshalb einen einheitlichen -bundesrechtlichen- Begriff der Klageanhebung geschaffen (5), nämlich diejenige prozesseinleitende oder

---

(1) Der Begriff wird aber nicht einheitlich gebraucht, vgl. Kummer, Grundriss 60.
(2) Vgl. ZPO 55 II e.
(3) In ZPO 138 II.
(4) Bspw. ZGB 93 II, 112, 145, 308; OR 135 Ziff. 2, 138 I, 1070; SchKG 83, 242 II, 250 I.
(5) Erstmals in 42 II 103, seither immer wieder bestätigt.

prozessvorbereitende Handlung des Klägers, mit der dieser zum erstenmal in bestimmter Form den Schutz des Richters anruft.

Wie das Bundesgericht später präzisiert hat (1), sind "prozesseinleitend" bzw. "prozessvorbereitend" nur solche Vorkehren, die im Verfahrensrecht -obligatorisch oder fakultativ- vorgesehen sind. Unerheblich ist dagegen, ob sie die Rechtshängigkeit begründen.

aa) Nach der ZPO trifft dies im besonderen für den Aussöhnungsversuch vor dem Friedensrichter zu, der als Prozessakt gilt, welcher ausserhalb des eigentlichen Verfahrens steht, das mit der Begründung der Rechtshängigkeit durch "Klageanhebung" (2) einsetzt. Fristwahrende Wirkung kommt der Anrufung des Friedensrichters aber nur zu, weil zwischen dem Friedensrichtervorstand und dem nachfolgenden Verfahren ein "organischer Zusammenhang" insoweit besteht, als der nach erfolglosem Aussöhnungsversuch abgegebene "Friedensrichterschein" den Kläger berechtigt, "innert 6 Monaten seit Ausstellung beim Gerichtspräsidenten vorladen zu lassen" (3).

Ob der Anrufung des Friedensrichters diese Bedeutung zukommt, hängt indessen noch zusätzlich vom Verhalten des Klägers ab - dies jedenfalls inbezug auf bundesrechtliche Verwirkungsfristen (4), die nur gewahrt sind, wenn anschliessend innerhalb der sechsmonatigen

---

(1) 74 II 15ff.
(2) Oben S. 36.
(3) ZPO 122 II. - Bei kürzeren Klagefristen entspricht die Gültigkeitsdauer des Friedensrichterscheins diesen Fristen.-Es ist aber nicht etwa eine proportionale Kürzung, sondern eine Reduktion auf die zur Verfügung stehende Frist, vgl. Jeger, Spezialkommission 239.
(4) Verjährung und Ersitzung werden unbekümmert darum, ob anschliessend innerhalb der sechsmonatigen Frist geklagt werde, unterbrochen, vgl. Kummer, Grundriss 147.

(oder verkürzten) Frist die Klage "angehoben" wird (1). Wird die sechsmonatige Frist nicht genutzt, entfällt auch die Gültigkeit des Friedensrichterscheins. Weitere Sanktionen, insbesondere die Verwirkung des Klagerechts oder gar des materiellen Anspruchs (2), hat die Prozessordnung damit richtigerweise nicht verbunden.

Ist deshalb die materiellrechtliche Klagefrist nicht abgelaufen, steht einer Weiterverfolgung des Anspruchs nichts im Wege; es kann ganz einfach ein neuer Friedensrichtervorstand verlangt werden.

Im -mündlichen oder schriftlichen- Vorladungsbegehren müssen nicht nur die Parteien genannt (3), sondern auch der Streitgegenstand bezeichnet sein (4). Befindet sich der Wohnsitz der Parteien in der gleichen Gemeinde, ist die Abhaltung eines Friedensrichtervorstandes obligatorisch (5). Fehlt der gleiche Wohnsitz, wird ein Aussöhnungsversuch aber trotzdem abgehalten, so können die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageanhebung nicht eintreten, da nur im Prozessrecht vorgesehene Vorkehren ausreichen (6).

bb) Ist ein Friedensrichtervorstand nicht durchzuführen (7) oder ist die Aussöhnungsverhandlung vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit fakultativ (8), fehlt

---

(1) 98 II 181 Erw. 11; 89 II 307 Erw. 4; 85 II 536.
(2) Was nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zulässig wäre: 93 II 367ff. = Pr. 57 Nr. 65.
(3) In grösseren Ortschaften, wo sich die einzelnen nicht mehr kennen, dürfte dazu auch die genaue Adresse gehören.
(4) Vgl. ZPO 118 II.
(5) Davon gibt es aber Ausnahmen, vgl. ZPO 117.
(6) Vgl. oben S. 42 Anm. 1.
(7) Vgl. oben Anm. 5.
(8) Vgl. ZPO 125 -vor dem Gerichtspräsidenten- und 127 -vor dem Instruktionsrichter des Obergerichts-.

also der "organische Zusammenhang" zwischen Aussöhnungsversuch und Klageerhebung, so gilt die Klage erst mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit als angehoben.

Immerhin kann der Kläger bei Streitigkeiten in der Spruchkompetenz des Präsidenten mit Zustimmung des Beklagten sofort nach dem ergebnislosen Sühneversuch seine Klagebegehren zu Protokoll geben und damit die Rechtshängigkeit begründen - sofern der Beklagte zustimmt (1).

Da auch der "mündlichen Klage" nachträglich die Form der "schriftlichen" verliehen werden muss (2), und das Prozessrecht bestimmt, welchen Vorkehren nach Form und Inhalt die Bedeutung von "prozessleitenden" oder "prozessvorbereitenden" Handlungen zukommt, könnte sich die Frage stellen, ob die Erhebung der "mündlichen Klage" überhaupt Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts sei. - Dies braucht indessen nicht weiter untersucht zu werden; denn selbst, wenn diese Wirkung einer "mündlichen Klage" nicht von Anfang an zukäme, müsste sie ihr nachträglich, mit der "Umwandlung" im Sinne von ZPO 136, rückwirkend zugebilligt werden (3).

2. Prüfung der Klage

Die Prüfung der Klage ist Bestandteil der formellen Prozessleitung. Zu prüfen ist, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt seien und ob die Klage keine formellen, äusseren Mängel aufweise.
Vom Richter nicht beanstandete formelle Mängel heilen mit der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten auf die

---

(1) ZPO 126. Warum der Beklagte hier zuzustimmen hat, ist nicht zu ersehen. Seine Verteidigungsrechte werden ja nicht berührt und -sieht er sich ausserstande, sofort Stellung zu beziehen- wird die Verhandlung verschoben.
(2) Vgl. unten S. 51ff.
(3) Vgl. oben S. 38.

Hauptsache. Anders die Prozessvoraussetzungen: Ihr Fehlen ist bis zur Urteilsfällung jederzeit von Amtes wegen zu beachten. Heilung tritt hier nicht ein.

a) Prozessvoraussetzungen müssen nach allgemeiner Lehre (1) erfüllt sein, damit eine Klage zulässig ist und zu einem Urteil in der Sache führen kann.
Dies allein ist auch der Sinn von ZPO 55 I:

> Ein Prozess darf nur zu einem Sachurteil führen, wenn die Prozessvoraussetzungen gegeben sind.

Die Wendung "darf" ist dabei als "Anweisung" an den Richter zu verstehen (2); die Bestimmung sagt insbesondere nicht, dass das Fehlen einer Prozessvoraussetzung Nichtigkeit des -gefällten- Sachurteils zur Folge habe (3).

Das Gesetz rechnet zu den Prozessvoraussetzungen "insbesondere" (4):

a) die Zuständigkeit des Gerichts,
b) die Zulässigkeit des Prozessverfahrens,
c) die Partei- und Prozessfähigkeit,
d) die Vollmacht des Vertreters,
e) das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses, wie das Fehlen der Rechtshängigkeit oder der rechtskräftigen Beurteilung des gleichen Streitgegenstandes.

---

(1) Vgl. Leuch N 1 zu 191; Kummer, Grundriss 74.
(2) Vgl. die Diskussion in der kantonsrätlichen Kommission, Spezialkommission 210ff.; Eng ist es dabei zuzuschreiben, dass die irrige Meinung aufgegeben worden ist, ein Prozess führe nur zu einem Sachurteil, wenn alle Prozessvoraussetzungen erfüllt seien. Das ursprüngliche "kann" wurde deshalb auch durch "darf" ersetzt.
(3) Vgl. ZPO 291 und 305 Ib (Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung).
(4) ZPO 55 II. Die Aufzählung ist nicht abschliessend, vgl. Haefely, Spezialkommission 81.

Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen hat der Richter von Amtes wegen festzustellen (1).

aa) In der Aufzählung der Prozessvoraussetzungen ist die Zuständigkeit des Gerichts vorangestellt worden.

Wird die örtliche Zuständigkeit geprüft, darf die Tragweite von ZPO 24 nicht übersehen werden. Die Bestimmung lautet:

> Lässt sich der Beklagte in der Klageantwort vor einem örtlich unzuständigen Gericht vorbehaltlos auf die Klage ein, so ist die Zuständigkeit begründet, sofern nicht zwingende Gesetzesbestimmungen entgegenstehen.

Die Ablehnung der "Anhandnahme" ist in Solothurn nur in Ausnahmefällen, soweit zwingende Gesetzesbestimmungen entgegenstehen (2), möglich. Ausschlaggebend ist im übrigen immer der Wille der Parteien (3): An ihnen liegt es, den Gerichtsstand zu bestimmen; gegen ihren Willen darf der Richter die Zuständigkeit nicht verneinen.

Die Prozessordnung geht jedoch noch weiter.
Dem Solothurner Richter ist sogar untersagt, den Beklagten auf allfällige Nachteile der Einlassung auf die Hauptsache aufmerksam zu machen. - Die Materialien lassen einen Zweifel nicht zu (4): "Der Einwand des öffentlichen Interesses kann nicht gelten" - richterliche "Hinweise" (5) haben zu unterbleiben, sei der Beklagte noch so unbeholfen (6).

---

(1) Nach der "eigentlichen Offizialmaxime", vgl. oben S. 23f.
(2) Bei lediglich "ausschliesslichem" Gerichtsstand ist die Ablehnung unzulässig, vgl. Jeger, Spezialkommission 192.
(3) Vgl. Jeger, Spezialkommission 192.
(4) Dies die Antwort auf eine entsprechende Frage Schürmanns, Spezialkommission 193.
(5) ZPO 58 IV.
(6) Jeger nahm den Widerspruch zu ZPO 58 IV offensichtlich in Kauf. Seine Begründung lautete, ZPO 24 werde sonst "aus den Angeln" gehoben, vgl. Spezialkommission 193.

Haben die Parteien den Gerichtsstand durch schriftlichen Vertrag begründet, lässt die Prozessordnung eine etwas weitergehende richterliche Prüfung zu. Der Richter kann nämlich seine Zuständigkeit ablehnen, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Klageeinreichung keine Partei im Gerichtskreis Wohn- oder Geschäftssitz hatte (1). Daneben stehen selbstverständlich auch zwingende Gesetzesbestimmungen entgegen; im übrigen ist der Wille der Parteien unbeeinflusst massgebend (3).

Die örtliche Zuständigkeit ist deshalb in Solothurn grundsätzlich nicht Prozessvoraussetzung. Ihr Fehlen ist lediglich "Prozesshindernis" (4), und damit nur beachtlich, wenn sich der Beklagte rechtzeitig darauf beruft. Unterlässt er es, bringt er die entsprechenden Vorbehalte in der Klageantwort nicht an, tritt Heilung ein. In einem späteren Stadium kann auf den "Mangel" nicht mehr zurückgekommen werden (5).

Kann somit der Mangel der fehlenden örtlichen Zuständigkeit geheilt werden, steht nichts im Wege, die Wirkungen der Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts auch anzunehmen, wenn vor einem örtlich unzuständigen solothurnischen Gericht geklagt wird - vorausgesetzt natürlich, die Einrede werde nicht erhoben. - Sollte aber der Richter den Beklagten nicht schon allein deswegen auf die Folgen einer vorbehaltlosen Einlassung aufmerksam

---

(1) Vgl. ZPO 23.
(2) Nicht aber die bloss "ausschliesslichen" Gerichtsstände, vgl. Jeger, Spezialkommission 192.
(3) Vgl. oben S. 46 Anm. 3.
(4) Zum Begriff Guldener, ZPR 183; Rosenberg-Schwab 462ff.
(5) Insbesondere besteht kein Appellations- oder Nichtigkeitsgrund, vgl. ZPO 305 Ib.

machen? - Dass richterliche "Hinweise" hier nicht zugelassen sind, ist schlechthin unverständlich. (1)

Anders bei der sachlichen Zuständigkeit, die als echte Prozessvoraussetzung zu gelten hat.
Das Verhalten der Parteien ist in keiner Weise massgebend; von einer "Einrede der sachlichen Unzuständigkeit" kann daher -entgegen ZPO 138 II- keine Rede sein (2).
Offensichtlich unrichtige Streitwertbezeichnungen sind gar von Amtes wegen, notfalls unter Beiziehung von Sachverständigen, zu korrigieren, und es ist der Prozess an das nun zuständige Gericht zu überweisen (3).
Würde dagegen eine eigentliche Aenderung des Streitwertes eintreten, würde der Beklagte beispielsweise einen Teil der im Streit stehenden Sache veräussern, bliebe die Zuständigkeit des Gerichts erhalten (4).

bb)"Zulässigkeit des Prozessverfahrens" bedeutet, dass ein Sachurteil nur in dem vom Gesetz hiefür vorgeschriebenen Verfahren ergehen darf.

Gegenstand der richterlichen Prüfung ist jedoch nicht, in welchem zivilprozessualen Verfahren (ordentliches/besonderes) ein Streit zu erledigen sein wird, sondern die Frage, ob es sich überhaupt um eine zivilrechtliche Angelegenheit handle (5).

---

(1) Dies vor allem, wenn man bedenkt, was in der Diskussion um die Ausgestaltung von ZPO 58 IV alles erwähnt worden ist, vgl. oben S. 30, Anm. 2-6.
(2) Vgl. unten S. 72f.
(3) Vgl. ZPO 9 I.
(4) Vgl. Guldener, ZPR 243; ein ausdrücklicher Hinweis fehlt zwar in ZPO 57.
(5) RB 1973 Nr. 10. Anders Wunderlich 61.

cc) Partei- und Prozessfähigkeit sind die prozessualen Abbilder der Rechts- und Handlungsfähigkeit des materiellen Rechts. Ihr Fehlen gilt jedoch immer als prozessualer Mangel (1).

Besteht wie in Solothurn kein Anwaltszwang, ist jeder Prozessfähige auch postulationsfähig (2).
Die Postulationsfähigkeit ist in Solothurn unentziehbar (3); ist eine Partei offensichtlich unfähig, ihren Prozess gehörig zu führen, sieht die Prozessordnung bloss vor (4):

> ... so kann sie durch das Gericht zur Bestellung eines Rechtsbeistandes verpflichtet werden. Leistet sie keine Folge, so macht das Gericht Anzeige an die Vormundschaftsbehörde.

Andere, weitergehendere Möglichkeiten bestehen nicht. Das Obergericht, das sich auch unter der neuen Prozessordnung bereits mit Querulanten zu befassen hatte, hat denn diese Bestimmung gelinde als "Deklaration, die jeder prozessualen Wirkung entbehrt", bezeichnet (5); eine Hilfe bietet die Vorschrift dem Richter wirklich nicht.

dd) Das Vorliegen der Prozessvollmacht ist keine eigentliche Prozessvoraussetzung: Einmal bedürfen nämlich der beeidigte solothurnische Fürsprech (6) und der gesetzliche Vertreter keines entsprechenden Ausweises (7) und zum andern könnte ein unberechtigter Vertreter keine Prozess-

---

(1) Vgl. Kummer, Grundriss 54f. - Guldener, Bundesprivatrecht 3, rechnet sie sogar zum Prozessrecht.
(2) Das ist die Fähigkeit, prozessuale Parteihandlungen selbst vorzunehmen.
(3) Anders bspw. OG 29 V.
(4) ZPO 33 II.
(5) RB 1970 Nr. 9.
(6) Dies eines der wenigen -missgönnten- Privilegien des beeidigten solothurnischen Fürsprech, vgl. 28 I 118 und ZBJV 106 (1970) 506ff.
(7) Vgl. ZPO 50 IIa.

handlungen mit Wirkung für die Person vornehmen, in deren Namen er handelte (1).

Die Behandlung als "Prozessvoraussetzung" hat immerhin einen wesentlichen Vorteil: Der Mangel vermag nicht zu heilen, so dass die richterliche Prüfung jederzeit bis zum Urteil durchgeführt werden kann.

ee) "Rechtsschutzinteresse" ist das Interesse, welches der Behauptende hat, dass ihm das Urteil seine Rechtsbehauptung bestätige (2).

Bei Leistungs- und Gestaltungsklagen braucht dieses Interesse in der Regel nicht besonders nachgewiesen zu werden, da sich die Ansprüche anders als mit Klage meist gar nicht durchsetzen lassen.
Ueber die Feststellungsklage sagt das Gesetz (3):

> Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann geklagt werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung hat.

Mit dieser dem Bundeszivilprozess entlehnten (4) Umschreibung ist wohl alles gesagt: Das Interesse muss ein nach vernünftigem Ermessen wesentliches sein und auf sofortige Rechtsschutzgewährung abzielen (5).

Nach der Formulierung von ZPO 55 IIe ist ein Rechtsschutzinteresse insbesondere beim Fehlen der Rechtshängigkeit oder noch nicht erfolgter rechtskräftiger Beurteilung des gleichen Streitgegenstandes anzu-

---

(1) Vgl. Guldener, ZPR 249.
(2) Vgl. Kummer, Klagerecht 28.
(3) ZPO 132.
(4) BZP 25.
(5) Vgl. Leuch N 3 zu 174. Der Anwaltsverband beantragte demgegenüber, das Wort "sofortiger" zu streichen, da dies bundesrechtswidrig sei, vgl. Erläuterungen 7.

nehmen. - Die Beispiele treffen jedoch nicht ganz zu, da nicht die Frage des Rechtsschutzinteresses, sondern die Absicht, widersprechende Urteile und mehrfache Prozessführung über den gleichen Streitgegenstand zu vermeiden (1), im Vordergrund stehen.

b) Die Prozessordnung kennt zwei Formen der Klageerhebung: die "mündliche" und die "schriftliche" Klage (2).

aa) Erfordernisse der "schriftlichen" Klage sind:

- genaue Angaben über die Parteien und ihre Vertreter. Dabei muss jeder Zweifel über die Identität ausgeschlossen sein; eine Klage gegen Unbekannt gibt es im Zivilprozess nicht (3).
- Die Rechtsbegehren sollen, wie das Gesetz hervorhebt, derart klar und bestimmt abgefasst sein, dass bei Gutheissung das Urteil auf Zuspruch der Klagebegehren lauten kann.
  Bedingungen sind darin nur im Sinne von Eventualbegehren zulässig.
  Massgebend ist immer der Sinn des Begehrens, nicht sein Wortlaut. In Zweifelsfällen ist zur Verdeutlichung aufzufordern (4).
- Angaben über den Streitwert sind unerlässlich, soweit dieser die sachliche Zuständigkeit bestimmt.
  Ist bei Klagen auf Geldzahlung die Angabe des Streitwertes nicht von Anfang an möglich, kann der Kläger die Präzisierung bis zu den Parteivorträgen nach-

---

(1) Vgl. Blomeyer 244.
(2) ZPO 56 II und 129. Die Bezeichnungen stammen aus der Praxis unter der alten CPO.
(3) RB 1968 Nr. 15.
(4) Vgl. oben S. 5f.

holen. Die Bestimmung der Höhe kann indessen auch dem richterlichen Ermessen überlassen werden (1); eine Schätzung des Streitwertes oder zumindest die Erklärung, welches Gericht in letzter Instanz als zuständig erachtet wird, ist in diesen Fällen unerlässlich (2).

- In fortlaufend numerierten Beweissätzen (3) ist der Sachverhalt klar darzustellen; mehrere Tatsachen sollen im gleichen Beweissatz nach Möglichkeit nicht enthalten sein. Die zusammenhängende Darstellung des Sachverhalts ist in Solothurn nicht zulässig (4). Kurze Rechtserörterungen sind erlaubt.

- Zu jeder Behauptung sind die Beweismittel anzugeben, und zwar durch genaue Bezeichnung (z.B. Zeuge X, Brief vom ...). Ist dies dem Beklagten nicht möglich, weil er Einzelheiten nicht kennt, muss auch eine allgemeinere Angabe genügen (z.B. "die beim Beklagten liegenden Briefe zu den Vertragsverhandlungen").
  Urkunden im Besitz des Klägers sind numeriert, mit einem Verzeichnis versehen, der Klage beizufügen.

- Datum und Unterschrift

Wo nötig (5) ist der Klageschrift der Friedensrichterschein beizulegen.

bb) Mit der vereinfachten Form der Klageerhebung, der "mündlichen" Klage, will die Prozessordnung den Parteien entgegenkommen und es dem Rechtsuchenden ermöglichen, zumindest die Rechtshängigkeit selber zu

---

(1) Vgl. ZPO 130 II.
(2) Vgl. ZPO 3 II.
(3) Das sind die einzelnen zum Beweis gestellten Tatsachenbehauptungen, vgl. Allemann 6.
(4) Anders BE 157 Ziff. 4.
(5) Oben S. 43.

begründen (1).
"Mündliche" Klage heisst sie, weil der Kläger sein Begehren auf der Gerichtskanzlei mündlich zu Protokoll geben kann (2).

Zur Vereinfachung hat die Prozessordnung sogar auf die Nennung eines Rechtsbegehrens verzichtet. Die Bezeichnung der Parteien, der Klagegrund und Angaben über die Kompetenz des Gerichts genügen.
Der Kläger braucht also nicht expressis verbis zu sagen, was und wieviel er begehre; immerhin muss sich das aber mit einer gewissen Bestimmtheit aus der Umschreibung des Klagegrundes ergeben.

Die Beschreibung des Klagegrundes ist deshalb von einiger Bedeutung. Zwar ist unter Klagegrund nicht die Gesamtheit der Tatsachen zu verstehen, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt (3); von einer "Fixierung" des Sachverhaltes kann noch keine Rede sein (4). Vielmehr dürfte eine "äusserst rudimentäre" Umschreibung des zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisses genügen (5).

Ein strenger Massstab wäre jedenfalls nicht angemessen; der Richter würde damit nur die Absichten des Gesetzgebers durchkreuzen.

c) Friedensrichtervorstand

Die versuchte Aussöhnung ist nach der ZPO nicht mehr Prozessvoraussetzung (6), da der Mangel mit der vor-

---

(1) Vgl. Wunderlich 32.
(2) ZPO 56 II a.E. und 227 für das Untersuchungsverfahren.
(3) Diese Auslegung gilt jedoch für ZPO 144 I; ferner Leuch N 4 zu 94.
(4) Das OGer betrachtet bei Klageänderungen jenen Sachverhalt als massgebend, der in den Rechtsschriften dargelegt worden ist, vgl. Beratungen E V vom 24.2.64.
(5) Wunderlich 32.
(6) Vgl. noch CPO 91, Wüthrich 89 und Cartier 26.

behaltlosen Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache heilt. Es ist mit andern Worten ein verbesserlicher Mangel, der im Sinne von ZPO 133 II innert 10 Tagen seit der Rückweisung der Klage behoben werden kann (1).

Beweismittel dafür, dass ein Aussöhnungsversuch stattfand, ist der Friedensrichterschein - eine Bestätigung, die beim Scheitern der friedensrichterlichen Bemühungen oder auch beim unentschuldigten Ausbleiben des Beklagten ausgestellt wird (2).

Der Friedensrichterschein berechtigt den Kläger, während 6 Monaten die Vorladung des Beklagten vor den Präsidenten zu verlangen, weshalb sich der Richter immer auch von der Einhaltung der sechsmonatigen Frist zu vergewissern hat (3).
Ungültigkeit wegen abgelaufener Frist ist wie das Fehlen des Friedensrichtervorstandes ein verbesserlicher Mangel.
Entgeht dies dem Richter, und beschränkt er die Klageantwort nicht auf die Frage eines solchen Mangels, kann sich der Beklagte gleichwohl im Sinne von ZPO 137 Ia (einlässlich) darauf berufen. Unzulässig ist für ihn in diesem Fall bloss die Abgabe einer gesonderten Prozesseinrede "wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" (4), da bloss ein verbesserlicher äusserer Mangel vorliegt und es der Klage nicht an einer Prozessvoraussetzung gebricht.

---

(1) Ausser der Präsident verzichte auch eine Rückweisung und versuche selbst, eine Aussöhnung zu erreichen, wozu er nach der Prozessordnung ermächtigt ist, vgl. ZPO 135 II.
(2) ZPO 123 I.
(3) Bei kürzeren materiellrechtlichen Fristen reduziert sich die Gültigkeitsdauer auf diese Fristen, vgl. ZPO 122 II.
(4) Dies die "nichteinlässliche" Antwort nach ZPO 138 II.

Kummer (1) hat es seinerzeit richtig vermutet: Dem Aussöhnungsversuch vor dem Friedensrichter werden in Solothurn nur wenig Chancen eingeräumt. Aus referendumspolitischen Bedenken, um die Vorlage nicht unnötig zu gefährden, wagte man jedoch nicht, auf das Institut überhaupt zu verzichten (2). - Immerhin ist die Durchführung des Friedensrichtervorstandes nur noch in wenigen Fällen obligatorisch; zudem steht es dem Richter frei, auf die Rückweisung der Klage zu verzichten und die Aussöhnung selber zu versuchen (3).

3. Rückweisung und Wiedereinreichung

Die Rückweisung ist anders als im E vom 17. August 1964 (4) nicht mehr Prozessurteil. Sie ist prozessleitende Verfügung; ein Rechtsmittel steht dagegen grundsätzlich nicht zur Verfügung (5).

Auch eine "mündliche" Klage könnte zurückgewiesen werden (6).

Gründe, welche die Rückweisung veranlassen, sind fehlende Prozessvoraussetzungen bzw. inhaltliche oder formelle verbesserliche Fehler bei der "Klageanhebung". Die Frist zur Verbesserung ist gesetzlich vorgeschrieben; sie beträgt 10 Tage (7).

---

(1) Vgl. Gutachten 20.
(2) Vgl. Jeger, Haefely, Fröhlicher Spezialkommission 76.
(3) Vgl. ZPO 117 und 135 II.
(4) § 131.
(5) So in RB 1968 Nr. 14 - Immerhin ist aber zu bedenken, dass jeder Rückweisungsentscheid, der sich auf die Anwendung von Bundeszivilrecht stützt, so bspw. der Entscheid über die Frage, ob eine Organisation parteifähig sei, der Weiterziehung an das BGer unterliegt.
(6) In der kantonsrätlichen Spezialkommission wurden in 133 II die Worte "schriftlich begründeten" gestrichen, m.a.W. die Anwendung der Bestimmung auf alle Formen der "Klageanhebung" gewährleistet, vgl. ebendort 243.
(7) ZPO 133 II.

Wird eine zur Verbesserung zurückgewiesene Klage innert der zehntägigen Frist nicht wiedereingereicht, entfällt die Rechtshängigkeit und, wenn inzwischen Verjährungs- oder Verwirkungsfristen des materiellen Rechts verstrichen sind, die Durchsetzbarkeit des Anspruchs überhaupt.

Diese strengen Folgen werden vom Bundesrecht indessen wieder gemildert: OR 139 gewährt nämlich dem Kläger, der -wie sich das Bundesgericht (1) ausdrückt- "in der Hast der letzten Tage der Frist" einen Fehler begangen hat, unter gewissen Voraussetzungen (2) eine Nachfrist von 60 Tagen zur neuerlichen (verbesserten) Geltendmachung seines Anspruchs (3).
Ausgelöst wird der Fristenlauf durch die Rückweisung der Klage.

Mit der Rückweisung beginnen somit zwei verschiedene Fristen zu laufen: eine 10-tägige nach der Prozessordnung und eine 60-tägige des materiellen Rechts. Probleme können sich aus der Parallelität nicht ergeben. Denn wird der Fristenlauf gleichzeitig, mit der Rückweisung, ausgelöst, muss die kürzere Frist der ZPO innerhalb jener des Bundesrechts, das hier wie immer vorgeht, liegen.
Kommt somit OR 139 zur Anwendung, ist die Befristung in ZPO 133 II unbeachtlich (4).

---

(1) 80 II 288 = Pr. 44 Nr. 43 - Die in diesem Entscheid vertretene Einschränkung des Anwendungsbereichs von OR 139 auf Fehler in der Klageeinleitung hat das BGer später aufgegeben; die Einengung widerspreche "Sinn und Zweck" von OR 139, weshalb es unerheblich sei, ob der die Rückweisung nach sich ziehende Fehler im Sühneverfahren oder im Stadium der Prozesseinleitung unterlaufen sei, vgl. 98 II 183, 89 II 311.
(2) Dazu Becker N 2-4 zu OR 139.
(3) Das BGer wendet OR 139 seit BGE 61 II 152ff. auch auf Verwirkungsfristen an.
(4) Vgl. auch Leuch N 6 zu 163 und Kummer, Grundriss 98.

a) Wird die verbesserte Klage innert Frist neu eingereicht, "gilt für den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Eingang der ersten Klage" (1).

Einer rechtzeitigen Neueinreichung kommt somit "rückwirkende Kraft" zu (2); der ursprünglichen Klage wird mit andern Worten zuerkannt, was ihr erst in der Neufassung zugekommen wäre.
Laufen deshalb zwischen der ersten und zweiten Klageerhebung materiellrechtliche Fristen aus, gilt der Anspruch gleichwohl als rechtzeitig geltend gemacht.

b) Weigert sich der Kläger, die beanstandete Klage zu verbessern, reicht er sie innert 10 Tagen unverändert, allenfalls mit seinen Beweismitteln versehen (3) wieder ein, und beharrt er auf der Zustellung an den Beklagten (4), so ist die Rechtshängigkeit auch hier nicht unterbrochen worden.

Offen bleibt aber, ob die Klage angehoben (im Sinne des Bundesrechts) sei. Dies entscheidet sich erst, wenn das urteilende Gericht Eintreten oder Nichteintreten auf die Klage beschliesst (5). Laufen vor diesem Zeitpunkt bundesrechtliche Verjährungs- oder Verwirkungsfristen ab, und tritt das Gericht auf die Klage nicht ein, liegt die "Rettung" der Klage einzig in der Nachfrist von OR 139 (6).

---

(1) ZPO 133 III.
(2) So bereits unter der CPO, vgl. RB 1963 Nr. 9.
(3) Dies könnte auch später, bis zu den Parteivorträgen nachgeholt werden, vgl. ZPO 143 I.
(4) An diese Erklärung sind keine grossen Anforderungen zu stellen; massgebend ist immer der kundgegebene Wille, vgl. RB 1968 Nr. 14.
(5) Dem Instruktionsrichter würde dieser Entscheid nicht zustehen.
(6) Vgl. 85 II 510.

c) Unternimmt der Kläger nichts, lässt er mithin die an die Rückweisung anschliessenden 60 Tage (1) ungenützt verstreichen, so verwirkt vorerst das Klagerecht, und wenn die materiellrechtlichen Verjährungs- oder Verwirkungsfristen inzwischen abgelaufen sind, entfällt auch die Klagbarkeit des Anspruchs.

4. Klagerücknahme und Wiedereinreichung

Guldener (2) meint, könne eine Klage, die wegen eines Mangels zurückgewiesen wird, neu erhoben werden, müsse dasselbe gelten, wenn sie im Hinblick auf diesen Mangel zurückgenommen werde. Er gestattet daher den Rückzug "im Hinblick auf einen bestimmten Mangel zum Zwecke der sofortigen Wiedereinreichung der Klage am zuständigen Ort beziehungsweise in richtiger Form" auch ohne entsprechende Vorschrift.

a) Ob dies auch für Solothurn gilt, scheint fraglich. § 145 der Zivilprozessordnung lautet nämlich:

> Der Kläger kann bis zur Einreichung der Klageantwort die Klage ohne Verlust seines Anspruchs zurückziehen, später nur noch mit Zustimmung des Beklagten. Ohne diese Zustimmung wird Abstand angenommen.

Andere Bestimmungen fehlen.
Die einseitige Klagerücknahme nach dem in ZPO 145 angegebenen Zeitpunkt hat danach in Solothurn den Verlust des Anspruchs zur Folge. Wie schon Ulrich (3) dartut, ist dies insofern nicht ganz folgerichtig, als erst ein Urteil in der Sache das als Prozessgegenstand be-

---

(1) OR 139.
(2) ZPR 297 Anm. 13; vgl. auch Ulrich 27.
(3) A.a.O. 16; ferner auch Mattmann 84f.

zeichnete Rechtsverhältnis selbst betrifft.

Indessen dürfte es schwerfallen, ZPO 145 eine andere Meinung zu unterstellen. Der Anwaltsverband schrieb nämlich zum -gleichlautenden- E VI, 141 (1): "§ 141 sollte nach Ansicht des Anwaltsverbandes gestrichen werden. Der Kläger muss in der Lage gelassen werden, die Klage jederzeit angebrachtermassen, unter dem Vorbehalt der Wiedereinreichung zurückziehen zu können." - In der kantonsrätlichen Spezialkommission fand dieses Begehren aber kein Gehör (2). Die Kommission glaubte vielmehr, die richtige Lösung sei gefunden, nachdem, wie von Kummer geraten (3), in § 141 des Entwurfs ausdrücklich gesagt war, wann der Kläger an den angehobenen Prozess gebunden sei und bis wann und unter welchen Voraussetzungen er seine Klage ohne Abstandsfolgen zurücknehmen könne. Die Bestimmung erfuhr daher keine weiteren Aenderungen; sie entspricht jener in ZPO 145.

Unter diesen Umständen scheint es ausgeschlossen, ZPO 145 anders zu interpretieren. Nimmt der Kläger seine Klage nach der Einreichung der Klageantwort zurück und stimmt der Beklagte nicht zu, ist der Vorbehalt der "sofortigen Wiedereinreichung" unbeachtlich; die Prozessordnung lässt den Kläger seinen Anspruch verlieren.

b) Die Materialien können aber nicht allein massgebend sein.

Es wäre wirklich stossend, wenn nur das Ausharren bis zur Rückweisung den Kläger zur Wiedereinreichung einer

---

(1) Erläuterungen 12.
(2) Vgl. Spezialkommission 92.
(3) Gutachten 9.

verbesserten Klage berechtigte und die vorherige Rücknahme mit der -erklärten- gleichen Absicht nicht.
Ist eine Klage zum Scheitern verurteilt, so kann nicht verlangt werden, dass der Kläger sie weiterverfolge bis zum Urteil, das ihn angebrachtermassen abweisen wird. Er darf die Klage vielmehr schon vorher zurücknehmen und sie unter Berufung auf OR 139 innert Frist verbessert wieder einreichen. Ihm diese Anrufung verweigern, nur weil er eine neue Klage einreichte, statt die ursprüngliche weiter zu verfolgen, wäre -wie das Bundesgericht (1) festhält- "von übermässiger Strenge".

Zu dieser Interpretation des Bundesgerichts kommt ein weiteres: Ist eine Klage nicht ordnungsgemäss angehoben worden oder fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, fällt das Gericht einen Nichteintretensentscheid. In der Sache ist damit nicht entschieden; der Anspruch kann am richtigen Ort, in der richtigen Form etc., weiterhin geltend gemacht werden.
Soll dies anders sein bei der Rücknahme zwecks Verbesserung? Eine solche Meinung liesse sich nicht vertreten; der Rücknahme wegen eines Prozessmangels können nicht weitergehende Wirkungen zukommen als dem Rückweisungsurteil. Beide, Rücknahme und Rückweisungsurteil, sind ja auf denselben Mangel zurückzuführen - warum daher eine verschiedene Behandlung?

Es wäre daher "von übermässiger Strenge", ZPO 145 einer Klagerücknahme zwecks Verbesserung und Wiedereinreichung entgegenzuhalten. Die solothurnische Praxis wird sich

---

(1) Vgl. 93 II 367ff. = Pr. 57 Nr. 65; 72 II 326ff. - Pr. 36 Nr. 13.

hier kaum auf einen andern Standpunkt stellen können (1).

Da die solothurnische Prozessordnung, anders als beispielsweise die bernische (2), eine ausdrückliche Regelung der Klagerücknahme zwecks Verbesserung nicht enthält, stellt sich zusätzlich die Frage, innert welcher Frist eine zurückgenommene Klage neu eingereicht werden müsse.
Eigentlich ist dies mit der Anwendung von OR 139 bereits entschieden: Die Nachfrist beträgt 60 Tage von der Rücknahme an gerechnet (3).

---

(1) Ein grundsätzlicher Entscheid steht noch aus.
(2) Vgl. BE 163.
(3) Das BGer setzt die Rücknahme der Rückweisung (Abweisung wegen Formmängeln) gleich, vgl. oben S. 60 Anm. 1.

II. Klageantwort

1. Einlassung auf die Hauptsache und Verweigerung der Einlassung

Die einlässliche Klageantwort hat insbesondere zu enthalten (1):

> alle Einwendungen gegen die prozessuale Zulässigkeit der Klage, sofern diese nicht gesondert in einer Prozesseinrede geltend gemacht werden.

Prozessuale Mängel der Klage können demnach mit der Hauptsache zusammen oder gesondert -an Stelle einer einlässlichen Antwort- geltend gemacht werden. Prozesseinreden, damit verbunden die Verweigerung der Einlassung, sind aber nur zulässig "wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" (2).

Ein "Recht", die Einlassung auf die Hauptsache zu verweigern, lässt sich aus ZPO 137 Ia noch nicht ableiten. Massgebend ist in erster Linie ZPO 138:

> [1] Hat der Kläger auf der Zustellung der Klage an den Beklagten beharrt, weil er die Bemängelung der Klage bestreitet, so kann der Instruktionsrichter verfügen, dass die Klageantwort sich auf solche Einwendungen beschränkt.
>
> [2] Ebenso kann der Beklagte innert der Antwortfrist anstatt einer einlässlichen Klageantwort eine Prozesseinrede wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung einreichen, worin er bloss seine Einlassungsweigerung zu begründen hat.

---

(1) ZPO 137 Ia.
(2) Vgl. ZPO 138 II: unten S. 71.

[3]Der Beklagte kann mit Zustimmung des Instruktionsrichters die Klageantwort vorderhand auf materiellrechtliche Einwendungen von entscheidender Bedeutung beschränken.

[4]Gegen diese Verfügungen ist der Rekurs zulässig.

a) Da sich den Materialien zu ZPO 138 offenbar nichts entnehmen liess, erklärte das Obergericht kurzum (1):

- zu Abs. 1

Tatsächlich kann der Instruktionsrichter nach dieser Bestimmung, wenn er der Auffassung ist, es fehle der Klage an einer Prozessvoraussetzung, verfügen, dass sich die Klageantwort auf diesen Punkt beschränke. Bei einer solchen Verfügung sind zwei Möglichkeiten gegeben: Entweder kann der Richter dem Beklagten freistellen, sich für den Fall der Zulässigkeit eines Sachurteils schon vor dem Entscheid über die Prozessvoraussetzung vorsorglich auf die Hauptsache einzulassen, oder er kann umgekehrt im Interesse der Prozessökonomie dem Beklagten verbieten, sich in der Antwort materiell einzulassen. Dagegen kann der Richter -und das ist hier von Bedeutung- auch bei einer solchen Verfügung nach § 138 Absatz 1 ZPO den Beklagten nicht verpflichten, sich auch materiell einzulassen. Das zum Verbot eines Sachurteils führende Fehlen einer Prozessvoraussetzung entbindet nämlich den Beklagten von der Pflicht, sich materiell einzulassen ...

- zu Abs. 2

Im Gegensatz zur früher geltenden Zivilprozessordnung (vgl. § 105 alt ZPO) und im Gegensatz zu Absatz 1 ist in Absatz 2 des § 138 ZPO keine 'prozessökonomische' Verfügung des Richters (Beschränkung der Antwort auf prozessuale Mängel der Klage) (2) vorgesehen; ebensowenig bedarf der Beklagte der Zustimmung des Richters,

---

(1) RB 1970 Nr. 12.
(2) Eingefügt durch den Autor.

wenn er der Klage statt einer Antwort eine Einrede entgegensetzen will.
Das ist nicht etwa auf eine Unterlassung des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern entspricht dem System der Zivilprozessordnung, die auf dem Boden der Dispositionsmaxime steht. Der Beklagte ist demnach frei, was er bestreiten und behaupten will. Deshalb kann er auch nicht zur materiellen Einlassung auf die Klage gezwungen werden, solange sie nach seiner Auffassung zum vorneherein nicht zu einem Sachurteil führen kann. Der Gesetzgeber hat dem Beklagten mit der Bestimmung des § 138 Absatz 2 ZPO die freie und uneinschränkbare Entscheidung gelassen, ob er sich auf eine allenfalls formell mangelhafte Klage materiell einlassen will oder nicht. Die Bestimmung ist die Grundlage für den klassischen Einredeprozess, wie er im Prozessrecht allgemein bekannt ist.

Die Prozessordnung gewährt damit dem Beklagten das "freie und uneinschränkbare" Recht, die materielle Einlassung auf eine prozessual allenfalls mangelhafte Klage zu verweigern.

b) Dass sich das Obergericht nicht auf die Materialien bezieht, ist begreiflich. Diese geben tatsächlich nur spärliche Hinweise. - Wenig Verständnis verdient hingegen die Art, wie es zivilprozessuale Grundsätze "ausdehnt" und zur Grundlage seiner Stellungnahme macht.

Unter der Dispositionsmaxime ist nichts anderes zu verstehen, als die Befugnis des Berechtigten, über seinen (materiellrechtlichen) Anspruch beliebig zu verfügen. Keinesfalls ist aber aus dem Grundsatz die Befugnis zur Verfahrensgestaltung zu folgern; insbesondere nicht ein "Recht" auf Verweigerung der Einlassung. Würde sich demgegenüber ein solches "Recht" aus ZPO 138 ergeben, könnte es keinesfalls "frei und uneinschränk-

bar" sein, da bei unbegründeter Verweigerung der Einlassung der Beklagte der Säumnis verfiele, was für ihn allenfalls (1) mit prozessualen Nachteilen verbunden sein könnte.

Steht den Parteien zu, Sachurteile wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung anzufechten (2), besitzt das "Verbot des Sachurteils" nicht die vom Obergericht angenommene Tragweite. Jedenfalls können die Parteien daraus nichts für sich ableiten, namentlich nicht ein "Recht" auf Verweigerung der Einlassung.

Es trifft zwar zu, dass ZPO 138 II den Eindruck erweckt, der Beklagte könne mit seiner "Einlassungsweigerung" eine auf die Einrede beschränkte Verhandlung erzwingen.
Einen solchen Rückschritt kann die Prozessordnung aber kaum getan haben: Einmal hätte jeder Anlass gefehlt, von der bisherigen Praxis (3) abzugehen, und zum andern stimmte Jeger der heutigen Formulierung von ZPO 138 II nur zu (4), weil der "Gedanke der getrennten Verhandlung" im nächstfolgenden Paragraphen, im heutigen § 139 ZPO, zum Ausdruck gebracht werden sollte.

ZPO 138 darf daher nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit ZPO 139, betrachtet werden. Diese Bestimmung lautet:

> Bei Verfügungen über die Beschränkung der Klageantwort hat der Instruktionsrichter zu berücksichtigen, dass weder durch getrennte Behandlung die Erledigung des Prozesses ungebührlich verzögert, noch durch gemeinsame Behandlung das Verfahren unnötig erweitert wird.

---

(1) Sofern es der Richter androht, vgl. ZPO 87.
(2) Vgl. oben S. 45 Anm. 3.
(3) Vgl. dazu Code Reinert 89 und CPO 108, wonach der Richter zu verfügen hatte, ob die Einreden gesondert oder mit der Hauptsache zu behandeln seien.
(4) Spezialkommission 88.

Der Ablauf kann deshalb nicht anders sein als unter der CPO (1): Der Instruktionsrichter hat im Fall der Erhebung von Einreden zu verfügen, ob sie getrennt von der Hauptsache oder gemeinsam mit ihr zu verhandeln sind. Verfügt er die getrennte Verhandlung, so wird der Prozess in der Hauptsache sistiert. Die Einrede ihrerseits wird zum Gegenstand eines besonderen Prozesses, in welchem dem Beklagten die Klägerrolle (Einredekläger) und dem Kläger die Beklagtenrolle (Einredebeklagter) zufällt. Wird umgekehrt gemeinsame Verhandlung verfügt, so nimmt der Prozess in der Haupt- und Einredesache seinen Fortgang, und es haben sich beide Parteien sowohl in der Einrede- wie Hauptsache einlässlich zu äussern.

c) Die Kriterien, nach welchen der Instruktionsrichter "Einlassungsweigerungen" zu beurteilen hat, ergeben sich aus ZPO 139: Die Trennung soll keine Verzögerung herbeiführen und die gemeinsame Behandlung keine unnötigen Weiterungen.

Wenn es ZPO 139 auch nicht ausdrücklich erwähnt, ist zuallererst immer die Begründetheit der Einrede -vorläufig- zu prüfen. Erscheint der Einwand als unbegründet, ist eine getrennte Verhandlung nicht am Platz, da etappenweise Hauptverhandlungen dem Zweck der Verfahrensbeschränkung widersprechen. Erscheint sie umgekehrt als begründet, ist zu erwägen, ob die einlässliche Beurteilung der Streitsache umfangreiche Vorbereitungen, insbesondere weitläufige Beweismassnahmen erfordere.

---

(1) Cartier 27.

Ist dem nicht so, hat sich der Instruktionsrichter eher für gemeinsame Verhandlung zu entschliessen, da er dadurch weder das Risiko eines nutzlosen Zwischenentscheides eingeht noch anderseits allzuviele Vorarbeiten auf sich nimmt, die sich hinterher als überflüssig erweisen könnten.

Die Begründung der "Einlassungsweigerung", letztlich eine Begründung der Einrede, ist deshalb von besonderer Bedeutung. Sind die gerügten Mängel nicht offenkundig, tut der Beklagte gut daran, zu erklären, warum er die Einlassung verweigert hat. Unterlässt er dies, wird in der Regel gemeinsame Behandlung mit der Hauptsache anzuordnen sein, da für den Richter grundsätzlich kein Anlass besteht, selber weitere Nachforschungen zu betreiben. (1)

2. Einwendungen gegen die prozessuale Zulässigkeit der Klage

Nach dem Reinertschen Prozess und auch später nach der CPO waren Einreden gesondert, an Stelle einer einlässlichen Klageantwort zu erheben. Beschränkungen des Verhandlungsthemas bzw. die Einlassung des Beklagten ordnete der Instruktionsrichter erst später, nach dem Eingang der Einreden an (2).

Wenn die "Eventualmaxime" heute nicht mehr mit der gleichen Strenge verwirklicht ist und Einreden noch gleichzeitig mit der einlässlichen Antwort abgegeben

---

(1) Der Instruktionsrichter hat in diesem Zeitpunkt das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen bereits geprüft und bejaht, was genügen sollte.
(2) Vgl. Wüthrich 91; Cartier 27; Stampfli 12.

werden können, besteht -formell- weiterhin die Möglichkeit, die Einlassung zu verweigern und -als Gegenstück- die Pflicht des Richters, zu wachen, dass die Weigerung nicht missbräuchlich erfolgt.
Immerhin braucht der Prozessleiter nicht mehr in allen Fällen die Reaktion des Beklagten -Einlassung/Verweigerung der Einlassung- abzuwarten. Hat sich nämlich der Kläger geweigert, beanstandete Mängel zu verbessern, kann der Beklagte zum vorneherein angehalten werden, seine Antwort auf diese Mängel zu beschränken. Insofern ist der heutige Richter in seinen Verfügungen freier.

a) Die Einwendungen beziehen sich auf "heilbare" Fehler i.S. von ZPO 133 IV

Es sind dies Mängel, welche mit der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache heilen.
Wie sich Richter und Beklagter fehlenden Prozessvoraussetzungen gegenüber zu verhalten haben, ist deshalb nicht hier zu behandeln (1).

aa) Beanstandung durch den Richter (ZPO 138 I)

Beharrt der Kläger auf der Zustellung der Klage, wie sie angebracht worden ist, kann angeordnet werden, dass sich die Antwort des Beklagten auf die beanstandeten Mängel beschränke.

Fragen kann sich, ob eine auf die beanstandeten Mängel beschränkte schriftliche Klageantwort in allen Fällen nötig sei, ob sie insbesondere beitrage, neue, für die Beurteilung der Vorfrage entscheidende Tatsachen zu liefern. - Ein "Verfahren ohne schriftliche Antwort", wie es andere Prozessordnungen vorsehen (2), hätte in

---

(1) Darüber unten S. 69ff.
(2) Vgl. bspw. BE 164.

gewissen Fällen besser gedient. - Das Schweigen der Prozessordnung kann indessen nur bedeuten, dass eine schriftliche Antwort immer einzuholen ist.

bb) Beanstandung durch den Beklagten (ZPO 137 Ia)

Entgehen dem Instruktionsrichter verbesserliche Fehler, und stellt er die Klage in der Folge ohne Beanstandung zu, lässt es die Prozessordnung vom Beklagten abhängen, ob Heilung eintrete oder nicht: Greift der Beklagte die Mängel auf, muss sich das urteilende Gericht darüber äussern; unterbleibt eine Rüge, lässt er sich vorbehaltlos auf die Hauptsache ein, sind die Mängel geheilt.

Diese Lösung ist allerdings nicht ganz konsequent. Hat nämlich der Richter das Prozessverfahren zu leiten, ist ihm insbesondere die Prüfung der Klage auf verbesserliche Mängel zur Pflicht gemacht (1), hat er -und nur er- Beanstandungen anzubringen (2). Alles andere ist eine Anlehnung an frühere Prozessauffassungen und zeigt, dass zwischen konsequenter Prozessleitung und "Parteiherrschaft" nicht klar getrennt worden ist.

b) Die Einwendungen beziehen sich auf fehlende Prozessvoraussetzungen

Ist das Fehlen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu beachten und können die gleichen Mängel überdies dem Sachurteil gegenüber durch ein Rechtsmittel geltend gemacht werden, besteht kein Grund (3), dem

---

(1) Vgl. ZPO 58 I zusammen mit 133 II.
(2) Vgl. Leuch N 2 zu 166.
(3) Verteidigungsrechte können nicht tangiert sein, da diese nunmehr genügend gewahrt sind.

Beklagten besondere Einreden oder gar ein "uneinschränkbares" (1) Recht auf Verweigerung der Einlassung zuzugestehen.
Die zusätzlichen Verteidigungsmöglichkeiten entbehrten nicht nur jeder Rechtfertigung (2), sie wären auch im Widerspruch zu allen Bemühungen um eine rasche, kontinuierliche Abwicklung des Verfahrens.
Die Möglichkeit, den Richter unverbindlich auf solche Mängel aufmerksam zu machen, genügt vollauf; mehr oder anderes ist zum Nachteil des Verfahrens.

Im übrigen ist schon der Begriff "Prozesseinrede wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" zu beanstanden, da Gegenstand einer Einrede Tatbestände sind, die im Prozess nur Beachtung finden, wenn sie rechtzeitig geltend gemacht werden (3) - Umstände also, die auf Prozessvoraussetzungen gerade nicht zutreffen (4).
Diese Meinung kommt in der ZPO indessen nur teilweise zum Ausdruck: Der Richter hat zwar jetzt, anders noch als unter der CPO (5), alle (6) Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen. Wie sich aus den Materialien ergibt, herrschte aber weiterhin die Meinung (7), es bestehe ein "enger Zusammenhang" zwischen den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen, indem Einreden "richtigerweise" nur beim Fehlen der Prozessvoraussetzungen zuzulassen seien.
Zutreffend wurde dies als "Stilwidrigkeit" bezeichnet (8);

---

(1) Vgl. oben S. 64.
(2) Vgl. oben S. 69 Anm. 3.
(3) Guldener, ZPR 183; Rosenberg-Schwab 462ff.
(4) Vgl. oben S. 45.
(5) Dort waren es nur die sachliche Zuständigkeit und der Friedensrichtervorstand, vgl. CPO 61 und 91.
(6) ZPO 58 I und in den Vorberatungen insbesondere Fürst, Bemerkungen 9.
(7) Fürst, Bemerkungen 4 und 9; Spezialkommission 88.
(8) Stampfli 35, zur gleichen Ausdrucksweise in E II, 178.

die Kritik ist um so berechtigter, als ja beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen nachträglich das Sachurteil angefochten werden kann.

Der Beklagte ist also nach der ZPO gehalten, "Prozesseinreden wegen Fehlens von Prozessvoraussetzungen" rechtzeitig, spätestens mit der Klageantwort, zu erheben. Versäumt er es, kann er die gleichen Mängel später immer noch dem Sachurteil gegenüber geltend machen. - Die Prozessordnung widerspricht sich damit selbst. Nutzniesser sind die Parteien, deren "Herrschaft" auf Kosten der -nach aussen (1)- umfassenden richterlichen Prozessleitungsgewalt ausgebaut worden ist.

Immerhin hängt einiges davon ab, wie der Ausdruck "Prozessvoraussetzung" in ZPO 138 II interpretiert wird. Zweifel können jedoch nicht entstehen; Fürst (2) betonte ausdrücklich: "Ohne genaue Umschreibung der 'Prozessvoraussetzungen' ist keine Regelung der 'Prozesseinreden' möglich, da richtigerweise 'Prozesseinreden' nur beim Fehlen von 'Prozessvoraussetzungen' zugelassen werden sollten." - ZPO 138 II steht daher in einem direkten Zusammenhang mit der Bestimmung von ZPO 55 II, mit der Umschreibung der Prozessvoraussetzungen (3).
Nur diese, in ZPO 55 II genannten, wenn auch nicht abschliessend aufgezählten, immer aber von Amtes wegen zu prüfenden Erfordernisse können Gegenstand der Prozesseinrede sein. Andere Mängel der Klage sind mit der Hauptsache, im Sinne von ZPO 137 Ia geltend zu machen.

---

(1) So nach ZPO 58 I und II.
(2) Bemerkungen 9.
(3) Darüber oben S. 45ff.

Die "Prozesseinrede wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" ist daher in Solothurn ein Verteidigungsmittel des Beklagten, durch dessen rechtzeitiges Vorbringen dieser das urteilende Gericht zu einem Vorentscheid über eine ohnehin von Amtes wegen zu prüfende Frage zwingt.

aa) Beanstandung durch den Richter (ZPO 138 I)

Bestreitet der Kläger die Bemängelung des Richters, und verlangt er die Zustellung der unverbesserten Klage, kann die Klageantwort auf "solche" (1) Einwendungen, nämlich auf Einwendungen gegen die Bemängelung durch den Richter, beschränkt werden.

Wegleitend für den Richter ist hier ZPO 139 (2).

bb) Beanstandung durch den Beklagten (ZPO 138 II)

Findet der Richter, die Prozessvoraussetzungen seien erfüllt, oder übersieht er einzelne Mängel, kann der Beklagte die "Prozesseinrede wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" erheben. Er kann damit sogar die "Einlassungsweigerung" verbinden und, falls diese verworfen wird, durch Rekurs an das Obergericht gelangen (3).

Eine solche "Einrede" ist tatsächlich mehr als nur eine "Anregung zu der dem Gericht obliegenden Prüfung" (4); das urteilende Gericht muss sich in jedem Fall darüber aussprechen.

Dass moderne Auffassungen auch hier nicht durchzudringen vermochten, kann nur bedauert werden. Denn löste man sich schon von der "Eigentümlichkeit" des solothurnischen

---

(1) ZPO 138 I.
(2) Vgl. oben S. 66f.
(3) ZPO 138 IV.
(4) So Leuch, N 3 zu 191, über die "Eingabe" i.S. von BE 169.

Verfahrensrechts (1), verpflichtete man demzufolge den Richter zur Prüfung aller Prozessvoraussetzungen, hätte auch der zweite Schritt, die "Degradierung" der Prozesseinrede zu einer "Eingabe", getan werden müssen.

3. Einlassung auf die Hauptsache

Was die Klageantwort zu enthalten hat, wird in ZPO 137 (Inhalt der Klageantwort) vorgeschrieben.
Solange eine Antwort diesen Erfordernissen nicht genügt, darf sie dem Kläger nicht zugestellt werden (2).

a) Im einzelnen sieht ZPO 137 folgendes vor:

- Einwendungen gegen die prozessuale Zulässigkeit der Klage, sofern diese nicht in einer gesonderten Prozesseinrede geltend gemacht werden.
  Hier ist auf die Bemerkungen unter Ziff. 2 (3) zu verweisen.

- Anträge in der Hauptsache
  Den Anträgen in der Klageantwort kommt keine selbständige Bedeutung zu. Sie dienen bloss der Verdeutlichung und raschen Orientierung über die Stellungnahme des Beklagten (4).
  Ein unbegründetes oder unzulässiges Klagebegehren könnte deshalb selbst beim Fehlen eines Abweisungsantrages nicht zugesprochen werden.

  Sinngemäss gilt dies auch für die Verteilung der Gerichts- und Parteikosten. Diese sind nämlich von Amtes wegen grundsätzlich (5) der unterlegenen Partei zu

---

(1) So Wüthrich (88) über die Behandlung der Prozessvoraussetzungen nach der CPO, vgl. auch oben S. 70 Anm. 5.
(2) Vorher ist nach ZPO 133 zu verfahren, vgl. ZPO 141 I und oben S. 51ff.
(3) Oben S. 67ff.
(4) Leuch N 5 zu 166.
(5) Ausnahmen in ZPO 102 II.

überbinden (1).

Kommt den Anträgen in der Klageantwort keine selbständige Bedeutung zu, unterliegen sie folglich auch nicht den Einschränkungen von ZPO 144 (Klageänderung) (2).

- Entgegnungen auf die Anbringen der Klage

Die einzelnen Tatsachen sind auch hier in Beweissätzen, im Anschluss an jene der Klage fortlaufend numeriert, vorzubringen.

Verteidigungsmöglichkeiten können sein (3):

- Bestreitung rechtsbegründender Tatsachen (Angriff auf das Klagefundament)
- Ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der klägerischen Behauptungen, Bestreitung der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse.
- Anerkennung der klägerischen Behauptungen und Schlussfolgerungen, Gegenüberstellung rechtshindernder oder rechtsaufhebender, nach ZPO 138 III nicht vorweggenommener Tatsachen.
- Anerkennung, Erhebung nicht abgetrennter materiellrechtlicher Einreden.

Die vielfach anzutreffende, mehr zeilenfüllende als wirksame Erklärung, alles zu bestreiten, was nicht ausdrücklich zugestanden werde, ist ein Relikt aus früheren Zeiten (4) und wohl nicht so rasch auszumerzen. - Hinderung, einzelne Tatsachen aufgrund des gesamten Verhaltens einer Partei gleichwohl als zugestanden zu erachten, wird der Satz einem Gericht

---

(1) Diese von Kummer (Gutachten 16) vorgeschlagene und vom RR im E VI übernommene Regelung passte dem Anwaltsverband nicht. Die kantonsrätliche Spezialkommission lehnte den Antrag jedoch ab, vgl. Spezialkommission 66f.
(2) Darüber unten S. 75.
(3) Vgl. Matti 1083.
(4) CPO 109 bestimmte nämlich, dass sich jede Partei über die von ihrem Gegner angebrachten Tatsachen "bestimmt und deutlich" zu äussern habe. War dies nicht der Fall, durfte ein Geständnis angenommen werden.

wohl nie sein können (1).

Es gilt Beweisverbindung: Zu jeder Tatsache sind daher immer die entsprechenden Beweismittel zu nennen.
Neue Beweismittel können bis zu den Parteivorträgen beantragt werden.

- Widerklage
  Ihre Begründung kann mit der Antwort verbunden werden.
  Die Antwortfrist gilt entsprechend für die Erhebung der Widerklage.

- Datum, Unterschrift

b) Einschränkung der Klageantwort auf "materiellrechtliche Einwendungen von entscheidender Bedeutung" (ZPO 138 III)

Der Regierungsrat hat damit, wie von Kummer (2) geraten, im E VI die volle Konsequenz gezogen: Materiellrechtliche Fragen können, wenn auch nur mit "Zustimmung" des Instruktionsrichters, vorweg behandelt werden (3). Voraussetzung für die Erteilung der Zustimmung ist die "entscheidende Bedeutung" der Einwendung. Eine Abtrennung untergeordneter materiellrechtlicher Fragen wäre wenig sinnvoll und mit ZPO 139 (4) nicht zu vereinbaren.

Hat der Richter schon zuzustimmen, darf er die Einschränkung zweifellos auch von sich aus anordnen. ZPO 138 III sagt dies zwar nicht ausdrücklich; die Bestimmung scheint es aber vorauszusetzen, da sie anders

---

(1) Vgl. ZPO 150 III und SJZ 18, 288; 57, 206.
(2) Gutachten 10.
(3) Vgl. Spezialkommission 85. (4) Oben S. 66f.

ihren Zweck nur teilweise erfüllen könnte.

c) Insbesondere die Widerklage

Die Widerklage ist kein Verteidigungsmittel. Sie verlangt selbständige Verurteilung des Vorklägers und untersteht daher den gleichen Bestimmungen wie die Hauptklage.

Gerichtsstand der Widerklage ist im allgemeinen jener der Hauptklage (1). Fällt die Hauptklage dahin (2), bleibt der Gerichtsstand der Widerklage erhalten.

Der Widerklageanspruch kann sich nur gegen den Hauptkläger, nie gegen eine Nebenpartei (Intervenient) richten (3). Er muss in der gleichen Verfahrensart einklagbar und entweder verrechenbar sein oder mit dem Gegenstand der Hauptklage in einem rechtlichen Zusammenhang stehen (4).

Auf die äussere Bezeichnung kann es nicht ankommen. Entscheidend ist der Sinn des Begehrens, wie er namentlich aus der Begründung zu erschliessen ist (5).

Die Trennung- von Haupt- und Widerklage ist nicht vor-

---

(1) Vgl. ZPO 57 b. ZPO 22 statuiert davon eine Ausnahme, den ausschliesslichen Gerichtsstand der Widerklage. - Da sich indessen Anwendungsfälle nicht nennen lassen, erwachsen einige Zweifel an der Bestimmung.
(2) So wegen Abstandes, Anerkennung, Vergleichs oder weil sie gegenstandslos geworden oder auf sie wegen fehlender Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten worden ist.
(3) Vgl. Kummer, Grundriss 101. Dies ist in ZPO 140 offenbar als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt.
(4) Vgl. ZPO 140 I. Letzteres ist der Fall, wenn Haupt- und Widerklage aus dem gleichen Rechtsverhältnis hergeleitet werden, wenn beide Klagen das gleiche Objekt betreffen oder wenn die Widerklage mit einem Verteidigungsmittel des Beklagten in Zusammenhang steht, vgl. Guldener, ZPR 264.
(5) Vgl. RB 1972 Nr. 11.

gesehen (1).

Widerklage gegen eine Widerklage zu erheben, ist ausgeschlossen; die Erhebung einer eventuellen Widerklage wäre hingegen zulässig (2).

4. Sicherstellung der Parteikosten

Unter gewissen Voraussetzungen (3) hat der Kläger für sämtliche Gerichtskosten und auf Antrag des Beklagten auch für die Parteikosten Sicherheit zu leisten.

Für den Richter besteht kein Anlass, den Beklagten auf dieses Recht aufmerksam zu machen. Antwortet der Beklagte, ohne Sicherstellung zu verlangen, ist Verzicht anzunehmen (4).

Das Begehren um Sicherheitsleistung kann gesondert, an Stelle einer einlässlichen Klageantwort, angebracht werden. Die Prozessordnung legt nämlich ausdrücklich fest (5), dass dem Beklagten nach Abweisung des Begehrens um Sicherstellung erneut Frist zur Abgabe einer Klageantwort anzusetzen sei.
Ueber das Begehren entscheidet der Instruktionsrichter. Leistet der Kläger die Sicherheit innert der angesetzten Frist nicht, wird der Prozess abgeschrieben.

---

(1) Dies entspricht auch nicht einem wirklichen Bedürfnis, vgl. Leuch N 2 zu 171.
(2) Vgl. 81 II 586.
(3) So bei fehlendem Wohnsitz in der Schweiz, wenn über den Kläger der Konkurs eröffnet worden ist, wenn Verlustscheine gegen ihn bestehen oder wenn er um Stundung nachgesucht hat, vgl. ZPO 96.
(4) Nach der Formulierung von ZPO 98 II ist dies nicht erst die einlässliche Klageantwort, sondern jede Antwort überhaupt.
(5) Vgl. ZPO 136 II.

III. Schluss des Schriftenwechsels

Der Schriftenwechsel beschränkt sich grundsätzlich auf Klage und Antwort.
Erhebt indessen der Beklagte eine Einrede oder eine Widerklage, muss dem Kläger Frist zur Beantwortung eingeräumt werden (1).

Dass die Prozessordnung die Widerklageantwort zulässt, ist ein Erfordernis des rechtlichen Gehörs. - Unnötig wäre jedoch die Antwort auf Einreden (2) gewesen; die Einrede ist nämlich weder Angriff noch Angriffsmittel (3).
Die kantonsrätliche Kommission war sich dessen bewusst, sie hat aber dennoch an der Antwort auf Einreden festgehalten. Zumal sie der Meinung war, darin liege nur "scheinbar" ein Vorteil für den Kläger (4).

Mit der Antwort auf die Einreden oder die Widerklage ist der Rechtsschriftenwechsel "in der Regel" geschlossen (5). Wo nötig könnte nach Anordnung des Instruktionsrichters ein weiterer Schriftenwechsel stattfinden. Ein Bedürfnis dafür wird sich aber kaum zeigen, da die Parteien in der Hauptverhandlung wiederholt zu den Parteivorträgen zugelassen sind.

---

(1) Vgl. ZPO 141 II.
(2) Auszunehmen ist die Verrechnungseinrede.
(3) Vgl. Rosenberg-Schwab 306.
(4) Spezialkommission 89f., insbesondere der Antrag Kämpfer.
(5) ZPO 142 I.

§ 5. Vorbereitende Verhandlung und Beweisverfügung

Nach Abschluss des Schriftenwechsels hat der Richter die Parteien zu einer vorbereitenden Verhandlung einzuladen (1). Im Anschluss daran erlässt er die Beweisverfügung.

I. Die vorbereitende Verhandlung

Die Prozessordnung schreibt vor (2):

> Nach Schluss der Prozesseinleitung ladet der Instruktionsrichter die Parteien zu einer Verhandlung ein, in der abzuklären ist, welche Tatsachen erheblich und bestritten sind. Die wesentlichen Erklärungen der Parteien sind zu protokollieren.

Zweck der Verhandlung ist also, abzuklären, welche Tatsachen erheblich und bestritten sind. Ueber sie wird im Anschluss daran Beweis geführt.

1. Obligatorische Durchführung

Nach dem Wortlaut von § 146 ZPO ist die Verhandlung immer durchzuführen, also selbst dann, wenn für den Richter zweifelsfrei feststeht, was bestritten ist und was nicht.
Unterlässt somit der Richter die Verhandlung, handelt er pflichtwidrig (3).

Die vorbereitende Verhandlung obligatorisch zu erklären, geht offensichtlich zu weit. Sind nämlich die Parteivorbringen klar, ist also nicht zweifelhaft, in welchen Punkten sich die Parteibehauptungen widersprechen, so ist die Vorverhandlung unnötiger,

---

(1) Vgl. ZPO 146 I.
(2) ZPO 146.
(3) Vgl. Haefely, Spezialkommission 93. - Einzig Fürst (Bemerkungen 17) wandte sich gegen ein Obligatorium. Immerhin regte er aber an, die Instruktionsrichter durch obergerichtliche Weisung dazu zu verhalten.

das Verfahren verzögernder Mehraufwand.

Dies mag mit ein Grund sein, weswegen sich die Neuerung, von regierungsrätlicher Seite als "Schlüsselpunkt des Prozesses", als "Instrument zur Verkürzung oder Rationalisierung des Verfahrens" angepriesen (1), nicht bewährt.
Daneben scheinen aber auch die Gerichtspräsidenten nicht willens, die vorbereitende Verhandlung zu einem den Prozess straffenden Mittel ihrer Prozessleitung zu machen (2). So führt Allemann (3) zu den bisherigen, mit der neuen Prozessordnung gemachten Erfahrungen aus:

> Die Gerichtspräsidenten nahmen zu Beginn der Wirksamkeit der neuen ZPO -gleichsam als Neuheitswert- mit Begeisterung die aus dem materiellen Prozessleitungsrecht sich ergebenden Befugnisse zur Kenntnis, erprobten sich hilflos im Beweislastverteilen, Beweisthemen festlegen, Beweismittel Zu- und Anordnen und stellten dann verblüffend rasch weitere Versuche ein, erkennend, dass die alte Prozessordnung, welche der richterlichen Prozessleitungstätigkeit sehr enge Grenzen setzte, mit bisherigen Gewohnheiten und Usanzen durchaus nicht divergierte und demnach dem Trägheitsprinzip am nächsten kam.

Die Schuld darf indessen nicht allein den Gerichtspräsidenten zugeschoben werden; es ist nicht angängig, zu fordern, dass eine Verhandlung in jedem Fall durchzuführen ist.

---

(1) Vgl. Jeger, Spezialkommission 92f.
(2) Ein Grund mag sein, dass ihnen daraus nicht unerhebliche Mehrarbeit erwächst. - Dies musste ihnen jedoch zum vorneherein klar sein, da Rötheli, damals selber Gerichtspräsident, in der kantonsrätlichen Kommission darauf hinwies, vgl. Spezialkommission 93.
(3) Allemann 4f.

2. Die richterliche Aufklärung in der vorbereitenden Verhandlung

Im Entwurf V war noch ausdrücklich umschrieben, was in der vorbereitenden Verhandlung zu tun sei, nämlich (1):

> Der Instruktionsrichter kann die Parteien zum ganzen Prozessstoff befragen, sie auf Mängel der Prozessführung aufmerksam machen und veranlassen, ihre Behauptungen und Beweisanträge zu verdeutlichen, zu vereinfachen oder zu ergänzen. Auch wird der Instruktionsrichter versuchen, den Rechtsstreit gütlich beizulegen.

Da indessen allgemein die Meinung herrschte (2), damit werde wiederholt, was schon in § 56 V (materielle Prozessleitung) (3) gesagt werde, wurde die Bestimmung gestrichen. Die entsprechenden Befugnisse ergeben sich heute somit direkt aus ZPO 58 IV, wo bestimmt wird:

> Der Richter soll jedoch die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren oder unvollständige Behauptungen und Beweisanträge oder auf weitere Fehler, Lücken oder Unklarheiten aufmerksam machen und ihnen Gelegenheit geben, ihre Anträge zu ergänzen. Dies kann jederzeit geschehen.

Der Instruktionsrichter hat demnach in der vorbereitenden Verhandlung auf Fehler, Lücken oder Unklarheiten in den Rechtsbegehren, Behauptungen und Beweisanträgen aufmerksam zu machen.

---

(1) E V, 146 II.
(2) Vgl. Gerichtsbeamtenkonferenz, Protokoll 53f. und Auszug aus dem Protokoll des Obergerichts, Sitzung vom 24. Februar 1964.
(3) Heute ZPO 58 IV.

Was und wieviel der Richter nach dieser Bestimmung im allgemeinen zu tun hat, ist bereits dargelegt worden (1). Die Richterpflichten sollen hier jedoch unter dem besonderen Aspekt von zwei bisher nicht berücksichtigten Bestimmungen der Prozessordnung behandelt werden:

ZPO 143

[1]Jede Partei kann bis zu den Parteivorträgen an der Hauptverhandlung neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen.

[2]Die Partei hat die wegen der nachträglichen Anbringen entstandenen Mehrkosten zu tragen, sofern sie ein Verschulden trifft.

[3]Der Gegenpartei ist in allen Fällen Gelegenheit einzuräumen, zu nachträglich vorgebrachten Behauptungen oder Beweismitteln Stellung zu nehmen.

ZPO 144

[1]Eine Aenderung des Klage- oder Widerklagebegehrens, womit mehr oder anderes verlangt wird, ist nach Eintritt der Rechtshängigkeit nur bis zum Schluss des Beweisverfahrens und gestützt auf den gleichen Klagegrund zulässig.

[2]Bewirkt die Klageänderung, dass ein anderer Richter zur Beurteilung zuständig ist, so wird ihm der Prozess überwiesen.

[3]Für die durch die Klageänderung entstandenen Mehrkosten gilt § 143 Abs. 2 sinngemäss.

a) Rechtsbegehren

Dem Richter kann nicht verwehrt sein, auf unzulängliche Rechtsbegehren, ja sogar auf die Zweckmässigkeit von

---

(1) Darüber oben S. 28ff.

Klageänderungen oder auf nichtbenutzte Verteidigungsmittel hinzuweisen (1).

"Unzulängliche Rechtsbegehren" sind Begehren, welche den zugrundeliegenden Willen nicht ausreichend widergeben. - Ist daher einmal bekannt, was eine Partei wirklich will (2), hat sich der Richter zu vergewissern, ob das Rechtsbegehren ihrem tatsächlichen Willen entspreche und ob nicht eine Anpassung durch Klageänderung, vielleicht sogar durch ein Eventualbegehren, nötig sei.

Zulässige Klageänderung im Sinne von ZPO 144 ist jedoch nur die Aenderung des Rechtsbegehrens ("mehr oder anderes"). Wird der Klagegrund geändert, liegt regelmässig eine neue Klage vor, auf welche nicht mehr einzutreten ist (3).

Die Kombination von ZPO 143 und 144 ist sachlich zulässig, soweit dadurch der Klagegrund nicht geändert wird. Es kann deshalb gestützt auf ZPO 144 ein neues Klagebegehren gestellt und in Anwendung von ZPO 143 der bisherige -mehr oder weniger deutlich umschriebene- Lebensvorgang präzisiert werden.
Die neu vorgebrachten Tatsachen müssen sich indessen in den bereits bekannten Lebensvorgang einfügen. Ist

---

(1) Vgl. oben S. 31.
(2) Dies zu erforschen ist die erste Aufgabe des Prozessleiters, vgl. Gafner 84ff.
(3) Der Ausdruck "Klagegrund" ist dem Berner Prozess entnommen, vgl. Affolter, Spezialkommission 253f. Die Auslegung ist daher auch in diesem Sinn vorzunehmen: Lebensvorgang; Komplex von Tatsachen, welcher die Grundlage des geltend gemachten Anspruchs bildet (Leuch N 4 zu 94) - dies aber nur so weit, als sich die Rechtsschriften darüber äussern, vgl. dazu oben S. 53 Anm. 4.

dies nicht der Fall, so dienen sie der Substanzierung einer neuen Klage, und es ist die Klageänderung als unzulässig zurückzuweisen (1).

Ausgeschlossen ist die Klageänderung im Einverständnis mit der Gegenpartei oder mit Bewilligung des Richters, was für die Parteien etwas weitergehende Möglichkeiten zugelassen hätte (2).

Der Instruktionsrichter ist somit in seinen Befugnissen ziemlich eingeschränkt (3), was sich schon darin zeigt, dass ihm nicht einmal zustehen soll, Missschreibungen in den Rechtsschriften von Amtes wegen zu berichtigen (4).

---

(1) Das Obergericht (Beratungen des E V, Sitzung vom 24. Februar 1964) hat hier allerdings eine mögliche Oeffnung angedeutet. Denn so wurde gesagt, selbst ein auf nova nach ZPO 142 (heute 143) gestütztes Rechtsbegehren könne zulässig sein; massgebend sei bloss, dass es zum bisherigen Begehren in einem sachlichen Zusammenhang stehe. - Beispiel: Es wird wegen unlauteren Wettbewerbs Schadenersatz verlangt. Nach Schluss des Rechtsschriftenwechsels wird behauptet, der Beklagte setze seine unlauteren Handlungen fort, und es wird gestützt auf diese Behauptung ein Begehren um Unterlassung gestellt.

(2) Vgl. dazu bspw. BE 94 II und Leuch N 7 und 8 zu 94.

(3) Dazu mag beigetragen haben, dass man eine eigene "ohne Kommentar Leuch verständliche", solothurnische Regel über die Klageänderung wünschte, vgl. Gerichtsbeamtenkonferenz 53.

(4) E V, 144, ist im E VI nicht mehr übernommen worden mit der Begründung (Haefely, Bemerkungen 3), die Bestimmung werde überflüssig, nachdem jetzt Klageänderungen bis zum Schluss des Beweisverfahrens zugelassen seien.

Auf die Möglichkeit, Prozesseinreden zu erheben, ist in diesem Stadium nicht mehr zu verweisen, da das Einrede-Recht mit der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache verwirkt ist (1). Würde der Richter einen die "Prozesseinrede wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung" begründenden Mangel entdecken, hätte er ihn ohnehin von Amtes wegen zu beachten.
Andere prozessuale Mängel, Ordnungswidrigkeiten bei der Klageerhebung und Prozesshindernisse, bleiben unberücksichtigt, da sie geheilt sind.
Dasselbe gilt für die materiellrechtlichen Einreden: Neue können nicht mehr erhoben werden, zulässig ist bloss die Ergänzung oder Berichtigung der rechtzeitig vorgebrachten.

Richterliche Hinweise auf Einrede-Möglichkeiten wären daher sinnlos; Einreden könnten in diesem Stadium nicht mehr erhoben werden.

b) Behauptungen und Beweismittel

Schliesst die Prozessordnung Aenderungen des Klagefundaments aus, dürfen nachträgliche Anbringen nur der Verdeutlichung des bisher Vorgebrachten dienen. Die Bestimmung in ZPO 143 ist jedenfalls kein Notbehelf des Säumigen; sie erlaubt nur, richtigzustellen und zu ergänzen (2). Neues, welches diesen Rahmen überschreitet, ist zurückzuweisen.

---

(1) Vgl. oben S. 69f.
(2) Vgl. dazu E V, 142, und OGer, Beratungen des E V, Sitzung vom 24. Februar 1964.

Ob die Verspätung des Vorbringens entschuldbar sei, ist in Solothurn unerheblich. Der Entschuldbarkeit ist erst bei der Kostenverteilung Rechnung zu tragen, mit der Folge (1): "Wer genügend Geld hat, kann den Prozess beliebig verzögern."
Haefely (2) und der Regierungsrat teilten diese Meinung nicht. Sie wollten die "Eventualmaxime" möglichst fallen lassen und "im Interesse der richtigen Rechtsfindung möglichste Freiheit gewähren". - Dabei ist es auch geblieben; ein Verschulden gemäss ZPO 143 II ist erst (und nur) bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen.

Da im prozessualen Verkehr an die Sorgfalt des einzelnen grössere Anforderungen gestellt werden dürfen, sollte man meinen, die Ueberbindung der Kosten an den Säumigen sei auch am Platz, wenn die Ergänzungen, Berichtigungen etc. vom Richter angeregt worden sind (3). - Dem steht aber entgegen, dass richterliche Hinweise in aller Regel nur ergehen, wo die Säumnis einer Partei entschuldbar ist (4). Könnte somit ZPO 143 II hier gar nicht angewendet werden? - Indessen scheint es angemessen, am Grundsatz von ZPO 143 II nicht starr festzuhalten und die Kosten in diesem Sonderfall nach freiem Ermessen, notfalls auch dem "schuldlos" Säumigen, zuzuteilen.

---

(1) Dies ist besonders von Kummer (Gutachten 11) hervorgehoben worden - jedoch erfolglos.
(2) Bemerkungen 4.
(3) Vgl. Leuch N 2 zu 92 und N 3 zu 93.
(4) Vgl. oben S. 4 Anm. 3.

3. Gütliche Beilegung

Der Entwurf V hat in § 146 II ausdrücklich festgehalten:

> ... Auch wird der Instruktionsrichter versuchen, den Rechtsstreit gütlich beizulegen.

Dieser Satz ist jedoch gestrichen worden, offensichtlich weil er als Selbstverständlichkeit erachtet wurde, nachdem gemäss ZPO 61 der Richter ohnehin "jederzeit eine gütliche Beilegung des Prozesses" versuchen kann.
Im Zusammenhang mit der vorbereitenden Verhandlung auf ZPO 61 hinzuweisen, wäre indessen nicht überflüssig gewesen, ist doch gerade die Abklärung des Streitfalles mit den Parteien sehr oft geeignet, eine gütliche Einigung herbeizuführen (1).

Piccard (2) meint, über die Umstände, unter welchen der Richter von sich aus eine gütliche Beilegung vorschlagen, wie weit er in der Empfehlung einer Lösung gehen und welche Mittel er dabei anwenden dürfe, liessen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen - eine Ueberlegung, die zweifellos auch ZPO 61 zugrunde liegt (3). Leuchs Feststellungen über den Vergleich in der bernischen Vorbereitungsverhandlung (4) können auch dem solothurnischen Instruktionsrichter dienen: "Zum Vergleich soll der Richter die Parteien nicht drängen und insbesondere zurückhaltend sein mit Aeusserungen über die Prozesschancen. Er soll einen Vergleich nur anraten und unterstützen, wenn er im grossen und ganzen der Rechtslage entspricht und so gewissermassen ein Urteilssurrogat

---

(1) Vgl. Leuch N 3 zu 176.
(2) SJZ 37, 113.
(3) Die Bestimmung lautet sehr kurz: "Der Richter kann jederzeit eine gütliche Beilegung des Prozesses versuchen."
(4) Vgl. N 3 zu 176.

bildet."

Der Richter hat sich deshalb grosse Zurückhaltung aufzuerlegen. Er soll die Parteien in keiner Weise drängen; Suggestionen und undurchsichtige Voraussagen über den möglichen Ausgang des Verfahrens sind zu unterlassen, sie arten nur zu bald in eine unzulässige Beeinflussung der Parteien aus.
Steht hinter einem vorzeitig beendeten Prozess nicht die volle Ueberzeugung der Parteien, wäre der längere, aber normale Weg über das Urteil der bessere gewesen.

Ziel der richterlichen Bemühungen soll deshalb nur sein, in den Parteien die nötige Einsicht zu wecken, dass eine gütliche Einigung ihre Vorzüge haben mag. Die Freiheit jeder Partei, das Urteil vorzuziehen, darf keine Einbusse erleiden, und der Richter darf seine Vertrauensstellung nicht aufs Spiel setzen. (1)

4. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Richter und die Parteien ein Interesse an der Durchführung einer vorbereitenden Verhandlung haben können. "Mehrarbeit" entsteht dem Richter nur scheinbar; sein Aufwand wird zeitlich höchstens vorverlegt, da wohl niemand der Meinung sein kann, vor der Revision habe er sich in den Prozessstoff nicht einarbeiten müssen.

Freilich hätte eine Kann-Vorschrift ausgereicht, dem Richter ein Mittel in die Hand zu geben, um Klarheit in den Sachverhalt eines jeden Prozesses zu bringen.

---

(1) Vgl. Klein, Vorlesungen 118.

II. Beweisverfügung

Die Prozessordnung verlangt nicht, dass die Beweisverfügung sofort, im Anschluss an die Verhandlung mit den Parteien, zu erlassen sei. Besonders in tatbeständlich weitschichtigen Prozessen ist zu empfehlen, sie erst nach eingehendem Studium der protokollierten wesentlichen Aussagen (1) zu erlassen.

1. In der Beweisverfügung wird festgelegt, welche Partei über welche Tatsachen mit welchen Mitteln Beweis zu führen hat.

"Tatsache" ist dabei das Beweisthema, der Komplex der einzelnen zum Beweis gestellten Tatsachenbehauptungen (2).

Der Verfügung können weitere prozessleitende Anordnungen beigegeben werden (3). Sie ist, da selber prozessleitende Anordnung, jederzeit abänderlich. Ein Rekursrecht besteht nicht (4).

Allemann (5) gibt folgendes den gesetzlichen Vorschriften genügendes Beispiel einer Beweisverfügung:

> Der Kläger kann das in den Beweissätzen Nr. 1,2,3 ... behauptete Verschulden des Beklagten mit folgenden Beweismitteln beweisen:
>
> | | | |
> |---|---|---|
> | Zeugen | Meyer | (BS 1,2) |
> | | Müller | (BS 3) |
> | Urkunde Nr. 8 | | (BS 5,6) |
> | Parteibefragung | | (BS 1,2,3) |
>
> Dem Beklagten steht hiezu der Gegenbeweis offen mit folgenden Beweismitteln:
>
> | | | |
> |---|---|---|
> | Augenschein | | (BS 10 zu 1) |
> | Zeuge | Bünzly | (BS 11 zu 3) |

---

(1) Mehr ist in der Verhandlung nicht aufzuschreiben, vgl. Allemann 5.
(2) Die einzelnen Tatsachenbehauptungen sind in "Beweissätzen", abgekürzt "BS", darzustellen, vgl. Oben S. 52.
(3) Bspw. bezüglich Kosten.
(4) Da dies in ZPO 148 nicht vorgesehen ist.
(5) Allemann 7.

2. Konkretisierung von Rechten und Lasten

Beweis zu führen, ist den Parteien zugleich Recht und Last.

Das Recht auf Beweis, der Anspruch, für ein erhebliches Sachvorbringen im Prozess zum Beweis zugelassen zu werden, ist im materiellen Recht begründet. - Verfahrensfrage, daher auch vom kantonalen Recht zu regeln, ist, wer -Richter oder Parteien- den Beweis zu führen hat und mit welchen Mitteln er zu führen ist.
Wiederum im materiellen Recht finden sich die Regeln über die Folgen der Beweislosigkeit, Anweisungen, wie zu entscheiden ist, wenn die Beweistätigkeit erfolglos bleibt.

a) Subjekt des Beweises (ZPO 58 III)

Subjekt des Beweises sind in Solothurn immer und ausnahmslos die Parteien (1); der Richter ist im ordentlichen Verfahren zur Beweisführung weder berechtigt noch verpflichtet (2).

Die Beweisführungslast für eine bestimmte Sachbehauptung obliegt jener Partei, die auch die Beweislast (3) trägt, ist also insoweit eine Frage des Bundesprivatrechts.

Gegen den Hauptbeweis des mit der Beweisführung Belasteten kann die Gegenpartei den Gegenbeweis erbringen.

b) Gegenstand des Beweises (ZPO 150 I und II)

Die Prozessordnung sagt darüber in § 150 I und II:

---

(1) Vgl. oben S. 32ff.
(2) Dies im Gegensatz zu Wunderlich (48), der annimmt, ein Obergutachten könne von Amtes wegen eingeholt werden, vgl. dazu unten S. 109 Anm. 3.
(3) Das sind die Folgen der Beweislosigkeit.

> [1]Ein Beweis ist nur abzunehmen über erhebliche bestrittene Tatsachen und über Uebungen und Gebräuche. Hat der Richter davon sichere Kenntnis, so ist der Beweis nicht abzunehmen.
>
> [2]Offenkundige Tatsachen bedürfen keines Beweises.

Der Begriff "Tatsachen" ist hier im weitesten Sinn auszulegen, so dass auch Erfahrungssätze, Gewohnheitsrecht und ausländisches Recht (1) Gegenstand des Beweises sein können.
Indessen braucht nicht über alle Tatsachen Beweis geführt zu werden. Beweisausschliessend sind: Offenkundigkeit, privates Wissen des Richters, fehlende Bestreitungen (2) und Erfahrungssätze der allgemeinen Lebenserfahrung.

Offenkundig sind Tatsachen, welche für das Gericht unzweifelhaft feststehen, weil sie entweder allgemein bekannt oder vom Gericht amtlich wahrgenommen (gerichtsnotorisch) sind.
Sie müssen weder besonders behauptet noch bewiesen werden (3).

Gegenbeweis ist jedoch möglich. Einen entsprechenden Parteiantrag, der letztlich bedeutet, dass die Offenkundigkeit bestritten wird, darf der Richter nur abweisen, wenn er überzeugt ist, dass der Gegenbeweis misslingen wird (4).

Mit der beweisausschliessenden Wirkung des privaten Wissens hat Solothurn einen mutigen Entscheid in einer

---

(1) Dazu insbesondere ZPO 60 II.
(2) Entscheidend ist nicht die Bestreitung an sich. Es kommt immer auf das gesamte Verhalten an und auf den damit kundgegebenen Willen, vgl. ZPO 150 III.
(3) Vgl. Kummer, Grundriss 106.
(4) Vgl. Brauchli 70; Bucher 45.

nicht unumstrittenen Materie (1) gefällt (2). Der solothurnische Richter wird -und darf- somit keinen Sachverständigen bewilligen, wenn er selber Fachkunde besitzt, oder keine Zeugen über einen Vorfall anhören, den er selber (3) wahrgenommen hat.

Nur über bestrittene Tatsachen ist Beweis zu führen. Eine bestimmte und deutliche Bestreitung, wie es von der CPO (4) noch gefordert worden ist, wird nicht mehr verlangt (5). Heute genügt, wenn sich aus dem ganzen Verhalten einer Partei ergibt, dass sie die Tatsache bestreiten wollte (6).

In § 151 macht die Prozessordnung eine berechtigte Ausnahme vom "Verhandlungsgrundsatz":

> Bleiben Tatsachen unbestritten, weil die Gegenpartei säumig war, so bedürfen sie des Beweises, wenn der Richter an ihrer Richtigkeit zweifelt.

---

(1) Vgl. Guldener, Beweiswürdigung 4f.; Leuch N 3 zu 213; Heusler, Zivilprozess 94ff.; Kummer, Grundriss 107; Siegrist 121f.; Brauchli 70.
(2) Im Gutachten (21) wurde auf die Unklarheit in der damaligen Formulierung hingewiesen. Haefely (Bemerkungen 8) erwiderte darauf: "Ich möchte die Kenntnis für alle -im Paragraphen aufgezählten- Fälle gelten lassen", und regte an, was in der Folge getan worden ist, dass der frühere Nebensatz zu einem selbständigen Hauptsatz gemacht wurde.
(3) Verlangt wird also direkte Wahrnehmung durch den Richter selbst. Der Anrufung eines Zeugen wäre in diesem Falle keine Folge zu geben.
(4) Vgl. CPO 109.
(5) Was sich schon daraus ergibt, dass im Kantonsrat der erste Satz von E VI, 152, gestrichen worden ist, der lautete: "Was von der Gegenpartei nicht ausdrücklich bestritten wird, gilt in der Regel als zugestanden." - Dazu Affolter, KRV 1966, 302f.
(6) Vgl. oben S. 91 Anm. 2.

Damit ist unterstrichen, dass auch der Solothurner Richter nicht als "willenloses Werkzeug" der Parteien zu gelten und deshalb Unbestrittenes nicht einfach als erwahrt hinzunehmen hat. - Allerdings darf er sich in diesen Fällen mit einer Glaubhaftmachung begnügen, da es nicht Sinn der Bestimmung ist, dem Richter Parteilasten zu überbinden (1).

Erfahrungstatsachen sind auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruhende oder aus Kunst, Wissenschaft, Gewerbe usw. gewonnene Sätze, welche dem Richter bei der rechtlichen Subsumtion des Tatbestandes oder bei der Beweiswürdigung für die Beurteilung konkreter Tatsachen dienen (2).

Hat der Richter davon keine oder ungenügende Kenntnis, ist Beweis zu führen. Eine eigene Kenntnisnahme ist ihm -streng genommen- untersagt. - Dass es bisweilen gleichwohl getan wird, beispielsweise durch Konsultation von Fachliteratur aus der Gerichtsbibliothek, ist verständlich und zeigt die fehlende Praxisbezogenheit des starren solothurnischen "Verhandlungsprinzips".

c) Beweismittel

Beweismittel sind nach der Prozessordnung: Parteibefragung, Urkunden, Zeugen, Augenschein, Sachverständige und schriftliche Auskünfte.

Die Beweismittel stehen beiden Parteien gleichmässig zur Verfügung. Auf ein beantragtes Beweismittel kann deshalb nur mit Zustimmung der Gegenpartei verzichtet werden (3).

---

(1) Vgl. Leuch N 1 zu 208.
(2) Leuch N 2 zu 218; Rosenberg-Schwab 573f.
(3) Vgl. ZPO 152 und Jeger, Spezialkommission 255.

Beweismittel müssen zulässig, geeignet und erreichbar sein.

Die Zulässigkeit eines Beweismittels beurteilt sich in erster Linie nach dem Prozessgesetz. Beweismittelqualität besitzen daher nur die in ZPO 154 aufgezählten Beweismittel.
Weitere Unzulässigkeitsgründe sind bei den einzelnen Beweismitteln umschrieben (1).

Die Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel im Prozess zu berücksichtigen seien, wird von der ZPO nicht beantwortet (2).

Die Eignung eines Beweismittels, Einfluss auf die richterliche Ueberzeugung auszuüben, ist sein Beweiswert (3).
Regeln, die den Beweiswert eines Beweismittels festlegen, stellt die Prozessordnung nicht auf; sie bekennt sich vollumfänglich zur freien Beweiswürdigung (4).

Entbehrt ein beantragtes Beweismittel jeglichen Beweiswertes, so besteht kein Anspruch auf seine Abnahme. In der Prozessordnung wird dies zwar nicht ausdrücklich gesagt, es ist aber eine Selbstverständlichkeit.
Keinen Beweiswert haben Beweismittel, die (5)

- ein unerhebliches Sachvorbringen betreffen oder jedes, die Beweisabnahme rechtfertigenden Hinweises auf konkrete Sachumstände entbehren.

---

(1) So in ZPO 171 (Unzulässige Zeugen) und 190 I (Ablehnung von Sachverständigen).
(2) Darüber ausführlich Spillmann 11ff.
(3) Rosenberg-Schwab 563; Brauchli 71.
(4) Vgl. ZPO 153.
(5) Darüber Kummer, N 76ff. zu ZGB 8.

- ihrer Natur nach überhaupt nicht in Betracht fallen können, zur richterlichen Meinungsbildung beizutragen (1).
- vom Richter als untauglich betrachtet werden, am bereits feststehenden Beweisergebnis noch etwas zu ändern (anticipando Beweiswürdigung).

Wo ein Beweismittel sich als unerreichbar herausstellt, somit die Bemühungen zu seiner Herbeischaffung erfolglos bleiben oder von vorneherein als aussichtslos erscheinen, kann der entsprechende Parteiantrag abgewiesen werden (2).

---

(1) Vgl. Brauchli 71.
(2) Vgl. Brauchli 72.

§ 6. Beweisabnahmeverfahren

Beweise sind früher in Solothurn regelmässig vor der Hauptverhandlung, durch den Instruktionsrichter, abgenommen worden (1).
Die neue Prozessordnung scheint daran nichts geändert zu haben, § 201 lautet nämlich:

> [1]Sofern Beweiserhebungen nicht schon vor der Hauptverhandlung durchgeführt worden sind, nimmt sie das urteilende Gericht vor.
>
> [2]Beweiserhebungen des Instruktionsrichters können wiederholt werden, insbesondere, wenn dem Gericht unmittelbare Wahrnehmung geboten erscheint.
>
> [3]Die Parteien haben Anträge auf Wiederholung rechtzeitig vor der Hauptverhandlung zu stellen, ansonst sie die Kosten der Verzögerung zu tragen haben.

Aufschlussreich scheint insbesondere Absatz 2: Lassen nämlich Gründe der Unmittelbarkeit bloss die "Wiederholung" zu, sind Beweisabanhmen durch den Instruktionsrichter die Regel.

I. Mittelbarkeit der Beweisabnahme

1. Mittelbarkeit als Regel

Mit Recht hat Kummer im Gutachten (2) auf die schon im E vom 17. August 1964 durch nichts gewährleistete Unmittelbarkeit gewiesen. Er stellte die Frage, ob nicht gewisse Garantien für eine zumindest beschränkte Einhaltung der Unmittelbarkeit einzubauen seien, indem

---

(1) Vgl. Cartier 37.
(2) A.a.O. 6.

bei Zeugeneinvernahmen, Augenschein und Parteiverhör obligatorisch ein zweiter Richter beizuziehen sei. Die Praxis pflege nämlich nur allzubald bereit zu sein, von einer Wiederholung der Beweisführung vor dem Gesamtgericht abzusehen.

Haefely (1) stellte diesen Einwendungen die bisher gemachten Erfahrungen und die bestehenden personellen Verhältnisse gegenüber: "Hier verlangt Professor Kummer, dass bei Beweisabnahmen vor der Hauptverhandlung ein zweiter Richter beizuziehen sei. Das wäre bei uns praktisch ganz unmöglich (Wir müssten beinahe für jede Prozessinstruktion zwei Richter haben. Beim Bundesgericht, das weniger Zivilprozesse selber instruiert, mag das noch angehen). Wir empfinden eine solche Regelung aber als unzumutbar. Wir haben in unserer Praxis keine Lücke empfunden, abgesehen davon, dass das erkennende Gericht Beweiserhebungen nötigenfalls wiederholen kann."
Der Regierungsrat schloss sich dieser Meinung an; Aenderungen, wie sie Kummer angeregt hatte, wurden deshalb im E VI nicht vorgenommen.

Die Praxis hat nun freilich ihren eigenen Weg eingeschlagen, und zwar -erstaunlicherweise- den Weg betonter Befolgung der Unmittelbarkeit. Unmittelbare Beweisabnahmen sind entgegen ZPO 201 die Regel; die meisten Beweise werden entweder erst in der Hauptverhandlung abgenommen oder -seltener- vor versammeltem Kollegium wiederholt.

---

(1) Bemerkungen 3.

Warum man sich gegen eine dieser Praxis entsprechende gesetzliche Regelung sträubte, ist deshalb nicht ganz ersichtlich. Geschah es, um die Praxis in keiner Weise "einzuschränken", oder war man sich bewusst, dass einzelne Vorschriften das Mittelbarkeitsprinzip ohnehin bereits durchbrachen, wie es im folgenden Abschnitt dargestellt wird.

2. Durchbrechungen

Das Mittelbarkeitsprinzip wird teils durch Vorschriften der Prozessordnung, teils durch die Praxis durchbrochen.

So wird in ZPO 187 II für den Augenschein bestimmt:

> Der Augenschein wird in der Regel durch das Gesamtgericht oder eine Delegation, ausnahmsweise durch den Instruktionsrichter vorgenommen. Sachverständige und Zeugen können beigezogen werden. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, dem Augenschein beizuwohnen.

Regel ist danach die unmittelbare Wahrnehmung durch das Gesamtgericht oder eine Delegation; die mittelbare Wahrnehmung soll die Ausnahme bleiben (1). Sachverständige und Zeugen können beigezogen werden. Den Parteien ist Gelegenheit zur Teilnahme zu geben; eine Pflicht zum Erscheinen besteht für sie nicht (2).

Für die Beweismittel Urkunden, schriftliche Auskünfte, Sachverständige und die Parteibefragung stellen sich die gleichen Probleme kaum, da die unmittelbare Wahrnehmung noch in der Hauptverhandlung ohne Schwierigkeiten möglich ist.

---

(1) Dies lässt sich auch der Begriffsumschreibung in ZPO 184 entnehmen, wonach der Augenschein der "unmittelbaren" Wahrnehmung zu dienen hat.
(2) Anders bspw. BE 261 I.

Anderes gilt für die Zeugen: Werden sie zur Hauptverhandlung nicht wieder aufgeboten, lässt sich eine Wiederholung ohne Vertagung kaum durchführen. Die entsprechenden Begehren werden darum meist gar nicht gestellt.
In der Praxis werden nun freilich Zeugen selten im voraus abgehört; der Grundsatz von ZPO 201 ist deshalb ins Gegenteil gekehrt. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass die Unmittelbarkeit der Beweisabnahme gerade hier, wo sie von grösster Bedeutung ist, durch nichts gewährleistet wird.

II. Verfahren

1. Bindung an die Beweisanträge

Mit dem Hinweis auf ZPO 58 III ist alles gesagt: Der Richter ist an die Beweisanträge der Parteien gebunden; weitere Beweismittel heranzuziehen, ist ihm untersagt.

2. Einzelheiten

a) Die Parteibefragung wird in der Prozessordnung mit Recht als erstes Beweismittel angeführt. Handelt es sich doch um das meistgebrauchte und bei geschickter Verwendung auch wirkungsvollste Mittel zur Erforschung des wahren Sachverhaltes (1).

Befragt wird die Partei (2), nicht ihr Anwalt.

---

(1) Vgl. Leuch N 1 zu 273; Kummer, Gutachten 29.
(2) Vgl. die Besonderheiten für die Befragung Urteilsunfähiger etc. in ZPO 158.

Der Richter ermahnt sie vor der Befragung zur Wahrheit; Sanktionen können mit einer Verletzung der "Wahrheitspflicht" (1) jedoch nicht verbunden werden. Unwahre Aussagen sind wie die ungerechtfertigte Verweigerung der Antwort nach ZPO 153 (Freie Beweiswürdigung) zu würdigen.

Da die Parteien im Prozess nur über Tatsachen des "eigenen", zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreites befragt werden, sind sie eigentlich nicht berechtigt, Antworten auf die an sie gestellten Fragen zu verweigern (2). - Das Interesse des Staates an der Aufklärung des Sachverhaltes, die Aussagepflicht der Parteien, kann indessen nicht schrankenlos sein. Die Schranken sind teilweise vom Bundesrecht vorgegeben, zu einem andern Teil werden sie durch die Prozessordnung in § 157 aufgestellt:

> [1]Der Partei steht das Recht zu, über Tatsachen, die ihre Ehre oder diejenige ihrer Angehörigen (Art. 110 Ziff. 2 StGB) berühren, die Antwort zu verweigern.
>
> [2]Verweigert die Partei die Aussage ohne Berufung auf Abs. 1, so würdigt der Richter diesen Umstand nach § 153.

Bundesrechtliche Weigerungsgründe (3) brauchen vom

---

(1) Diese besteht in jedem Prozess, also auch ungeschrieben: Kummer, Grundriss 77; Bucher 75f.
(2) Vgl. Kummer, Grundriss 112.
(3) Das könnten neben ZGB 28, insbesondere StGB 320 und 321 (Amts- und Berufsgeheimnis) sein. Dies jedenfalls solange, als die betreffende Partei von der Schweigepflicht nicht entbunden wäre.

kantonalen Recht nicht ausdrücklich vorbehalten zu werden; sie gehen diesem ohnehin vor (1).

Das Recht zur Verweigerung der Aussage über Tatsachen, welche die Ehre des Befragten oder seiner Angehörigen berühren (2), ist dem Zeugnisverweigerungsrecht nachgebildet. Es soll den Parteien den Konflikt zwischen der "Wahrheitspflicht" und der Rücksicht auf ihr Ansehen oder ihre familiären Beziehungen ersparen. Immerhin hat der Befragte Gründe zu nennen, welche die Berechtigung seiner Weigerung erkennen lassen. Der Richter entscheidet nach freiem Ermessen. Er wird freilich den Ehrbegriff im Interesse der Erforschung der Wahrheit nicht allzuweit spannen (3).

Ist die Weigerung berechtigt, fällt das Beweismittel vollständig ausser Betracht. Die Beweiswürdigung darf durch die Weigerung in keiner Weise beeinflusst werden; das Weigerungsrecht wäre sonst entwertet.

Die Parteien werden damit ähnlich wie Zeugen behandelt: Es steht ihnen gegebenenfalls ein Aussageverweigerungsrecht zu. - Das heisst aber nicht, sie könnten sich auch auf die den Zeugen zustehenden Weigerungsgründe berufen. Die Parteien sind schliesslich nicht Dritte, am Verfahren

---

(1) Vgl. Guldener, Bundesprivatrecht 50f.
(2) Das sind Aussagen über ein strafbares Verhalten, auch Aussagen, welche mit der Ehre der befragten Partei oder ihrer Angehörigen in Zusammenhang stehen oder auf eine unehrenhafte Handlung schliessen lassen, vgl. Müller 53. - In der kantonsrätlichen Kommission wurde demgegenüber die Ansicht vertreten, lediglich ein ehrenrühriges, nicht aber ein strafbares Verhalten lasse die Verweigerung zu, vgl. Spezialkommission 364f. - Dem ist aber zu entgegnen, dass jedes strafbare Verhalten auch ehrenrührig ist.
(3) Beispiele bei Leuch N 1 zu 247.

nicht Beteiligte; sie sind am Prozessausgang direkt interessiert, wollen ein bestimmtes Prozessergebnis und scheinen daher auch gewillt, dem Gericht die erforderlichen Sachzusammenhänge bekanntzugeben.
Weigern sie sich, dies zu tun, spricht die Vermutung grundsätzlich für ihren Verzicht auf das anvisierte Prozessergebnis, was sich in der richterlichen Würdigung nach ZPO 153 niederschlagen wird. Ein Grund, die Parteien hier wie Zeugen zu privilegieren, besteht nicht (1).

Immerhin kommt die Prozessordnung den Parteien in § 160 entgegen; die Aussage wird ihnen so etwas leichter fallen:

> [1]Der Richter kann aus wichtigen Gründen die Anwesenheit der Gegenpartei bei der Befragung ausschliessen. In diesem Falle nimmt auch der Vertreter der einzuvernehmenden Partei an der Einvernahme nicht teil.
>
> [2]Die Parteien können ihre Fragen schriftlich formulieren.

Der Widerspruch zur garantierten "Gemeinsamkeit der Beweismittel" (2) ist nur scheinbar.
Zwar werden die Wahrnehmungen des Gerichts nicht in einem Protokoll festgehalten, es werden auch keine Einzelheiten der Befragung in der Urteilsbegründung erscheinen (3). Dennoch ist das Mitwirkungsrecht der Gegenpartei zumindest formell insoweit gewahrt, als sie ihre Fragen im voraus schriftlich stellen kann.

---

(1) Ausdrücklich Eng, Spezialkommission 365.
(2) Vgl. ZPO 152.
(3) Vgl. Leuch N 7 zu 229.

"Wichtige Gründe" brauchen nicht nur Geschäftsgeheimnisse, also kraft privaten Rechts oder privatrechtlicher Vereinbarung bestehende Schweigepflichten zu sein. Die Verweisung auf "wichtige Gründe" reicht weiter, der Richter hat nach freiem Ermessen, letztlich nach "Recht und Billigkeit" (1), zu entscheiden.

Der Entscheid über den Ausschluss der Gegenpartei ist endgültig; ein Rechtsmittel ist nicht vorgesehen.

Die Prozessordnung sagt nicht, was eine Partei zu gewärtigen habe, welche die Aussage ohne Berufung auf ZPO 157 I verweigert. Es wird bloss verlangt, dass der Weigerung Rechnung zu tragen sei, und zwar nur eben im Rahmen der freien Würdigung der Beweise durch den Richter. Ein sichtbares Ergebnis zeitigt die "Würdigung" nun aber höchstens dort, wo der Beweisgegner die Antwort ohne berechtigten Grund verweigert (2). Weigert sich dagegen der Beweisführer, ist der Beweis nicht angetreten; eine besondere "Würdigung" ist nicht mehr durchzuführen. Das Urteil wird, sofern die Beweisführungslast nach der Regel von ZGB 8 verteilt worden ist, nach Massgabe dieses Artikels zu fällen sein (3).

Die Meinung des Zürcher Regierungsrates (4), ein Weigerungsrecht brauche überhaupt nicht vorgesehen zu werden, ist nach allem nicht von der Hand zu weisen. Einesteils ist damit unterstrichen, dass ein Recht auf Verweigerung der Aussage grundsätzlich (5) nicht besteht, und zum andern entfällt eine unter Umständen

---

(1) ZGB 4.
(2) Vgl. Guldener, Beweiswürdigung 23.
(3) Vgl. Kummer N 36 zu ZGB 8.
(4) Vgl. Weisung 153.
(5) Bundesrechtliche Weigerungsgründe blieben ja ohnehin vorbehalten, vgl. oben S. 101 Anm. 1.

hinderliche, zumindest aber unnötige Bindung des Richters. Die Rechte der Parteien werden dadurch nicht geschmälert. Die "Ausgangslage" wird jedoch eine andere, da den Parteien nicht mehr zum vorneherein Weigerungsrechte zustehen. Insbesondere könnte dies dem Richter auch eine bessere Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ermöglichen.

b) Urkunden

Eine gesetzliche Definition der Urkunde fehlt in der Prozessordnung. Die Praxis wird sich deshalb ohne weiteres neuen Erkenntnissen anpassen können (1).

Die Parteien sind von Gesetzes wegen verpflichtet, die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden vorzulegen (2); Dritte können durch den Richter dazu verhalten werden (3).
Dies will aber nicht heissen, die Parteien hätten sämtliche Urkunden des Streitverhältnisses -ob von der Gegenpartei angerufen oder nicht- einzulegen. Erzeigt sich nämlich, dass dem Antragsteller eine exakte Bezeichnung möglich gewesen wäre (4), ist eine Präzisierung des Antrages (5) und nicht die Einlegung aller in Frage kommenden Urkunden durch die Gegenpartei anzuordnen (6).

---

(1) Dabei wird einer genauen Abgrenzung zum Augenscheinsobjekt keine grosse Bedeutung beizumessen sein, da in Solothurn beide Beweismittel nur auf Antrag der Parteien beigezogen werden können. - Die von Schluep (35) aufgeworfenen Probleme stellen sich daher nicht.
(2) Vgl. ZPO 165 I.
(3) Vgl. ZPO 166 I.
(4) Oben S. 52, ist ein Fall dargestellt, in welchem dem Antragsteller die Präzisierung nicht möglich war.
(5) So nach ZPO 58 IV.
(6) Die Pflicht, genaue Angaben über die Beweismittel zu machen (ZPO 129 Ie und 137 II), geht hier der Pflicht zu loyaler Prozessführung nach ZPO 165 I vor, vgl. Ammann 25ff. und Keller 13.

Da sich Editionspflicht und Aussagepflicht im allgemeinen entsprechen (1), gilt hier, was bereits im Abschnitt "Parteibefragung" (2) gesagt worden ist. Insbesondere können den Parteien alle Weigerungsgründe zugestanden werden, auf die sie sich auch bei der Parteibefragung berufen können (3).

Ueber die Editionspflicht Dritter sagt das Gesetz (4):

> [1]Dritte können zur Edition einer Urkunde oder einer amtlich beglaubigten Abschrift verhalten werden, wenn eine Partei sich darauf beruft.
>
> [2]Bezieht sich jedoch der Inhalt der Urkunde auf Tatsachen, worüber sie als Zeugen die Auskunft verweigern könnten, so sind sie von der Editionspflicht befreit. Ist die Weigerung nur inbezug auf einzelne Teile der Urkunde begründet, die der Einsicht entzogen werden können, so besteht die Verpflichtung zur Edition unter dieser Sicherung.
>
> [3]Bestreitet der Dritte den Besitz der Urkunde, so kann er über ihren Verbleib als Zeuge einvernommen werden.
>
> [4]Gegenüber Dritten, die sich weigern, die Urkunde vorzulegen, ist § 175 (5) anwendbar.

Vorab kann festgehalten werden, dass die Editionspflicht Dritter eine echte Rechtspflicht darstellt: Jede ungerechtfertigte Weigerung (Vorlegung oder Aussage) wird bestraft.

Besteht indessen hinsichtlich einer einzigen (erheblichen) Tatsache der Urkunde ein Zeugnisverweigerungsrecht (6), ist der Dritte der Vorlegungspflicht ent-

---

(1) Vgl. Keller 20f.; Spillmann 96.
(2) Darüber oben S. 100ff.
(3) Dies vor allem auch, weil der Richter eine erfolglos zur Vorlegung aufgeforderte Partei über den Verbleib der Urkunde einvernehmen darf, vgl. ZPO 165 II.
(4) ZPO 166.
(5) Strafandrohung bei ungerechtfertigter Zeugnisverweigerung: Haft bis 10 Tage, Busse bis 500 Franken.
(6) Darüber unten S. 106f.

hoben. Eine "teilweise-Edition" ist nicht möglich; der editionspflichtige Dritte ist wie ein Zeuge zu behandeln. Insbesondere kann er als Arzt, Anwalt, freier Notar oder als Hilfsperson eines solchen Geheimnisträgers die Herausgabe selbst dann verweigern, wenn er von der Schweigepflicht entbunden worden ist (1).

Die Einsichtnahme erstreckt sich lediglich auf Tatsachen des Prozesses; sind Geschäftsgeheimnisse oder andere berechtigte Interessen zu wahren, bleibt sie auf die dem Beweis dienenden Teile der Urkunde beschränkt (2).

c) Zeugen

Jeder am Prozess nicht beteiligte Dritte ist verpflichtet, Zeugnis abzulegen (3).

Der Kreis der Personen, welche als Zeugen nicht einvernommen werden dürfen, ist gegenüber der alten Prozessordnung richtigerweise eingeschränkt worden (4): Geisteskranke, Ehegatten einer Partei, Verwandte und Verschwägerte sind grundsätzlich zeugnisfähig. Unzulässige Zeugen sind nur mehr Kinder unter 16 Jahren, wenn sie über ihre Eltern aussagen müssten oder wenn ihnen die Befragung seelisch schaden könnte; ferner Geistliche oder Seelsorger über Tatsachen, die ihnen in der Beichte oder sonst unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertraut worden sind (5).

---

(1) Darüber unten S. 107 Anm. 3.
(2) Vgl. ZPO 163.
(3) Vgl. ZPO 170. Für Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Gerichtskreises gilt dies nur mittelbar, auf dem Rechtshilfeweg, vgl. dazu ZPO 25ff.
(4) Vgl. noch CPO 166 Ziff. 1-3 und E VI, 166. Dazu Jeger, Kämpfer und Haefely, Spezialkommission 105.
(5) Vgl. ZPO 171.

Das Zeugnis kann verweigern, wer durch seine Aussage sich selbst oder eine ihm nahestehende Person (1) der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung oder einer schweren Beeinträchtigung der Ehre aussetzen oder wer sich oder diesen Personen dadurch einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden zufügen würde. Aerzte, Anwälte (2), freie Notare und deren Hilfspersonen können die Aussage selbst dann verweigern, wenn sie vom Berufsgeheimnis entbunden worden sind (3).
Ueber die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung und über die Strafe des Ungehorsams entscheidet je nach Verfahrensstadium der Instruktionsrichter oder das urteilende Gericht. Gegen den Entscheid kann beim Obergericht Rekurs erhoben werden (4).

Vor der Einvernahme, nach Feststellung der Personalien, klärt der Richter den Zeugen über seine Rechte und Pflichten auf.
Werden Zeugen vor dem erkennenden Gericht abgehört, genügt die Aufnahme eines stenographischen Protokolls; bei Einvernahme durch den Instruktionsrichter ist das Protokoll in Klarschrift zu verfassen, vorzulesen und vom Richter und Zeugen zu unterzeichnen.
Das Obergericht kann durch Weisung andere Arten der Protokollierung zulassen (5).

---

(1) Der Kreis ist im einzelnen umschrieben, vgl. ZPO 172 Ia.
(2) Das sind alle Anwälte, patentierte und nicht patentierte, vgl. Jeger, Spezialkommission 106.
(3) Die Entbindung von der Schweigepflicht vermag den Interessenkonflikt Wahrung einer Privatsphäre / Aussage- und Wahrheitspflicht noch nicht zu lösen, weshalb der Einzelne selber zu entscheiden hat, vgl. Jeger, Spezialkommission 263.
(4) Vgl. RB 1968 Nr. 17.
(5) Jeger (KRV 1966, 305) erwähnte Tonbandaufnahmen. Sollte es einmal dazu kommen, könnte die Neuerung allerdings an der Einwilligung des Zeugen scheitern, vgl. StGB 179ter, für nicht öffentliche Verhandlungen.

d) Augenschein

Der Augenschein dient der "Abklärung eines Sachverhaltes durch unmittelbare Wahrnehmung" (1).

"Augenschein" ist jede sinnliche Wahrnehmung; die Prozessordnung beschränkt sich nicht bloss auf das Sehen.

Der Augenschein wird in der Regel durch das Gesamtgericht oder eine Delegation, ausnahmsweise durch den Instruktionsrichter vorgenommen. Erfordern es die Umstände, kann ein Sachverständiger damit beauftragt werden.

Die Parteien sind zur Duldung des Augenscheins an ihrer Person und an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen verpflichtet. Zwangsmassnahmen sind ihnen gegenüber nicht vorgesehen (2).
Weigerung durch den Beweisführer bewirkt, dass diesem der Beweis misslingt. Weigert sich der Beweisgegner, den Augenschein zu dulden, so wird dem in der Beweiswürdigung Rechnung getragen.

Dritte haben den Augenschein zu dulden, sofern ihnen in sinngemässer Anwendung von ZPO 172 (Zeugnisverweigerungsrecht) kein Weigerungsgrund zusteht. Ungerechtfertigte Weigerung wird bestraft (3).

Kann das Augenscheinsobjekt "ohne Nachteile" (4) vor das Gericht gebracht werden, ist es wie eine Urkunde vorzulegen.

---

(1) ZPO 184.
(2) Und dürften somit auch nicht angewendet werden, vgl. 82 II 510 und RB 1970 Nr. 14.
(3) ZPO 186 II.
(4) Der Ausdruck wurde absichtlich nicht durch "ohne Schwierigkeiten" ersetzt, vgl. Spezialkommission 116. Massgebend werden daher nie Schwierigkeiten bei der Herbeischaffung sein, sondern einzig und allein der Umstand, ob sich der Transport auf das Objekt nachteilig auswirke.

e) Sachverständige

Fehlen dem Richter die nötigen Fachkenntnisse, soll ein Gutachten von einem oder mehreren Sachverständigen eingeholt werden (1).

Es steht dem solothurnischen Richter somit frei, eigenes Fachwissen zu verwerten (2); er darf aber in keinem Fall (3) von sich aus, ohne entsprechenden Parteiantrag, eine Begutachtung anordnen.
Sind die Parteien der Meinung, der Richter besitze die nötigen Fachkenntnisse, und stellen sie deswegen keinen Antrag auf Beizug eines Sachverständigen, so ist es Pflicht des Richters, auf die Notwendigkeit einer Sachverständigenbegutachtung aufmerksam zu machen (4), wenn er seine Fachkenntnisse überfordert sieht.

Die Parteien bestimmen auch, wieviele Sachverständige beizuziehen sind; der Richter bezeichnet bloss die Person des Begutachters (5).

Die Duldungs- und Mitwirkungspflicht besteht für Parteien und Dritte im gleichen Umfang wie beim Augenscheinsbeweis (6).

---

(1) Vgl. ZPO 189.
(2) Anders bspw. BZP 57 I.
(3) Dies betrifft insbesondere auch die Einholung eines Obergutachtens. - Jeger (Spezialkommission 109) hat dies mit aller Deutlichkeit hervorgehoben: "Nach meiner Ansicht ist der Grundsatz der 'Verhandlungsmaxime' in ZPO 53 III (heute 58 III) generell für den ganzen Prozess festgelegt. Es ist also unnötig, dies bei jedem Paragraphen zu wiederholen. Aus diesem Grunde haben wir es nicht mehr aufgenommen."
(4) So nach ZPO 58 IV.
(5) Allerdings ist den Parteien vorher Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern, vgl. ZPO 190 II.
(6) Darüber oben S. 108.

Obergutachten können nur auf Antrag einer Partei eingeholt werden (1). Die Prozessordnung formuliert dies -etwas missverständlich- wie folgt (2):

> Der Richter kann ein Obergutachten einholen, wenn er das Gutachten für ungenügend erachtet. Gegen diesen Entscheid ist der Rekurs zulässig.

Die Missverständnisse, zu welchen diese Bestimmung bereits Anlass gegeben hat (3), sind allerdings nicht bloss auf die Formulierung zurückzuführen. Denn warum soll hier ein Rekurs zulässig sein, wenn ihn die Prozessordnung gegen Beweisverfügungen (4) allgemein (5) ausschliesst?

Die Verhandlungen der kantonsrätlichen Spezialkommission geben hierüber nur unvollständige Auskunft: Nachdem nämlich in einer Abstimmung deutlich zum Ausdruck gebracht worden war, dass ein Obergutachten allein auf Parteiantrag eingeholt werden könne (6), wurde in ZPO 192 III ohne jede Begründung und Diskussion die Rekursmöglichkeit eingefügt (7).

---

(1) Vgl. oben S. 109 Anm. 3.
(2) ZPO 192 III.
(3) So bei Wunderlich 48. Dass sich daneben auch das Obergericht (RB 1969 Nr. 13 und 40) mit der Bestimmung zu befassen hatte, spricht nicht gerade für ihre Verständlichkeit.
(4) Um eine solche handelt es sich auch hier, so ausdrücklich in RB 1969 Nr. 40.
(5) Oben S. 89 Anm. 4.
(6) Einem Antrag Eng folgend, strich die Kommission die in der ersten Lesung eingefügte Verdeutlichung in ZPO 192 III "auf Antrag einer Partei", weil es unter der Verhandlungsmaxime "sowieso nur ein Handeln des Richters auf Antrag der Parteien" gebe, vgl. Spezialkommission 269.
(7) Nach Annahme des Antrages Eng (Anm. 6) stellte der Vorsitzende selbst diesen Ergänzungsantrag, vgl. Spezialkommission 269.

Was die Kommission zur Aufnahme einer solchen Vorschrift bewogen hat, wird wohl nie eindeutig zu beantworten sein.

Am ehesten könnte noch die Begründung des Obergerichts zutreffen, das erklärt hat (1): "Es lassen sich eigentlich nur zwei Gründe denken, der Kostenaufwand und die Prozessverzögerung." - Zieht man nämlich in Betracht, dass der Antragsteller in der Kommission (2) selber Mitglied des Anwaltsverbandes war und dass der Anwaltsverband schon vorher (3) die Befürchtung geäussert hatte, ein zur Beiziehung von Beweismitteln berechtigter Richter könne "kostspielige" Gutachten veranlassen, muss erneut gefragt werden (4): Hatte der solothurnische Richter das Vertrauen der Anwälte oder mutete man ihm wirklich zu, er werde Anträgen auf Herbeiziehung kostspieliger Obergutachten stattgeben, die in der Sache nichts, im Verfahren aber zwangsläufig Verzögerungen bringen könnten?

f) Schriftliche Auskünfte

Dieses Beweismittel (5) dürfte in Solothurn seinem Zweck -Erleichterung und Beschleunigung des Verfahrens (6)- nur teilweise dienen. Die Prozessordnung sieht nämlich

---

(1) RB 1969 Nr. 40, vgl. auch Nr. 13 ebendort.
(2) Vgl. oben S. 110 Anm. 7.
(3) Vgl. oben S. 7 und 34 Anm. 2.
(4) Vgl. Anm. 3.
(5) Bucher (65) meint, dies sei kein "eigentliches" Beweismittel.
(6) Jeger, Spezialkommission 150 und in KRV 1966, 191.

in § 196 vor:

> Der Richter kann im Einvernehmen mit den Parteien bei Behörden oder ausnahmsweise bei Privaten schriftliche Berichte einholen, anstatt sie als Zeugen einzuvernehmen oder von ihnen Urkunden zu verlangen.

Das bedeutet: Ist ein Zeugen- oder Urkundenbeweis beantragt, kann sich der Richter mit einer schriftlichen Auskunft begnügen. Er darf dies aber, entgegen dem, was zu erwarten wäre, nicht von sich aus tun, sondern allein "im Einvernehmen" mit den Parteien, was im System der ZPO nur heissen kann: auf Parteiantrag (1).

Hält der Richter anderseits die "Auskunft" für ungenügend, und möchte er sie durch ein gerichtliches Zeugnis oder die Urkunde selbst bekräftigen lassen, ist er wiederum auf einen entsprechenden Parteiantrag verwiesen (2).

Das Beweismittel ist damit sämtlicher Vorzüge beraubt.
Dass es in der Praxis nie verwendet wird, lässt sich unter diesen Umständen nur zu gut verstehen.

---

(1) ZPO 58 III: Der Richter ist an die Beweisanträge der Parteien gebunden; wird kein Antrag gestellt, darf er nichts tun. - Hinzukommt weiter, dass beide Parteien einverstanden sein müssen.
(2) Vgl. Jeger, Spezialkommission 95.

§ 7. Hauptverhandlung

Das unentschuldigte Ausbleiben einer oder beider Parteien ist ohne Einfluss auf den Fortgang des Verfahrens; die Abschreibung wäre auch beim Ausbleiben beider Parteien unzulässig (1).

Das Gesetz sagt nämlich (2):

> [1]Bleibt eine oder bleiben beide Parteien der Hauptverhandlung unentschuldigt fern, so urteilt das Gericht auf Grund der bisherigen Anbringen und Beweisergebnisse.
>
> [2]Lässt sich die erschienene Partei auf die Verhandlung nicht ein, so gilt sie als ausgeblieben, kann aber nicht Wiedereinsetzung verlangen.

Ist auf Grund der "bisherigen" Anbringen zu urteilen, müsste man annehmen, dass geladene Zeugen nicht mehr einvernommen werden könnten.
Die kantonsrätliche Spezialkommission war hier allerdings anderer Meinung. Im Protokoll steht (3): "Die Kommission ist ... einverstanden und bestätigt die Auffassung, dass die Zeugen an der Hauptverhandlung noch einvernommen werden können." - Dies scheint auch richtig (4): Beweis ist hier nach den gewöhnlichen Grundsätzen anzuordnen, also immer wenn und soweit die Anbringen des Ausgebliebenen relevant und beweisbedürftig

---

(1) Die kantonsrätliche Kommission stimmte in zwei unmittelbar aufeinander folgenden Abstimmungen zuerst für Abschreibung und dann für den "Fortgang des Prozesses", vgl. Spezialkommission 279f.
(2) ZPO 210.
(3) Spezialkommission 280.
(4) Vgl. Leuch N 2 zu 207.

sind. - Das Gericht müsste mithin selbst in Abwesenheit der Parteien die -möglichen (1)- Beweisabnahmen durchführen.
Erscheint umgekehrt nur eine Partei und bleiben ihre Beahuptungen unbestritten, so bedürfen sie des Beweises, wenn der Richter an ihrer Richtigkeit zweifelt (2).

I. Beweisabnahmeverfahren

Beweisabnahmen können in der Hauptverhandlung auf Antrag einer Partei oder durch das Gericht wiederholt werden.

Mit dem Abschluss des Beweisverfahrens entfällt das Recht zur Klageänderung (3) und zur Anbringung neuer Tatsachen oder Beweismittel (4) (5).
Neue Behauptungen oder Beweismittel wären deshalb in den Parteivorträgen nicht mehr zuzulassen (6).

---

(1) Ausser der Parteibefragung wären grundsätzlich alle Beweismittel denkbar, insbesondere auch der Augenschein, da die ZPO eine Teilnahmepflicht der Parteien nicht vorsieht, vgl. ZPO 187 II.
(2) Allerdings genügt eine Glaubhaftmachung, vgl. oben S. 93 Anm. 1.
(3) Darüber oben S. 83ff.
(4) Vgl. ZPO 143 und Wunderlich 52ff. - Die Materialien könnten zwar den Eindruck erwecken, neue Tatsachen und Beweismittel seien bis zu den "Schlussvorträgen", also noch im ersten Parteivortrag, zugelassen (Der Ausdruck findet sich noch in E VI, 193 und wohl aus Versehen in der Botschaft, 10). - Eine solche Annahme ist aber abzulehnen. Denn ist die Beweisabnahme geschlossen, folgen also die Parteivorträge, so ist es unzweckmässig, weiterhin neue Sachvorbringen und Beweisanträge zuzulassen, da dies ja regelmässig ein Zurückkehren in das Beweisverfahren bedeutete.
(5) Immerhin ist jetzt in ZPO 143 und 144 der gleiche Zeitpunkt verschieden umschrieben.
(6) Hingegen in der Appellation, vgl. ZPO 296.

II. Parteivorträge

Dem Beweisverfahren folgen die Parteivorträge.
Die Parteien können das Wort zweimal ergreifen. Der Präsident darf ihnen jedoch für den zweiten Vortrag die Redezeit beschränken (1).

III. Urteilsberatung und Abstimmung finden "in der Regel" anschliessend an die Parteivorträge statt.
Die Parteien sind davon grundsätzlich nicht ausgeschlossen (2).
Das Urteil wird den Parteien sofort mündlich und -im Dispositiv- schriftlich mitgeteilt; ein motiviertes Urteil wird ihnen nur auf Verlangen zugestellt (3).

Dem Urteil ist der Tatbestand zugrunde zu legen, wie er zur Zeit der Ausfällung vorliegt (4).
Im E III (5), einem von der "Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren (6), hatte diese Bestimmung zweifellos ihre Berechtigung (7). Heute ist sie jedoch obsolet, da der Richter nur zu berücksichtigen hat, was die Parteien vorbringen (8).

Bei der Abstimmung lässt der Präsident über jeden Klagepunkt gesondert abstimmen. Die Amtsrichter sind zur Ab-

---

(1) Vgl. ZPO 202 II.
(2) Vgl. ZPO 52f.
(3) Vgl. ZPO 208 III.
(4) ZPO 203 III.
(5) § 241.
(6) Darüber oben S. 18f.
(7) Angeregt wurde sie von der Gerichtsbeamtenkonferenz in der Vernehmlassung über den E II, weil es "gar nicht so selbstverständlich sei, dass sich das Urteil auf den Tatbestand stütze, wie er zur Zeit der Urteilsfällung bestehe", Zusammenstellung des Justiz-Departementes, Bemerkungen zum E II, 258.
(8) Vgl. ZPO 58 III und Wunderlich 53.

gabe ihrer Stimme verpflichtet; der Präsident stimmt nur bei Stimmengleichheit.
Die Abstimmung ergeht zuerst über das Begehren des Klägers. Erhält es keine Mehrheit, folgen die davon abweichenden Anträge nach dem Grad ihrer Abweichung. Erlangt von ihnen keiner das absolute Mehr, so ist über das Rechtsbegehren des Beklagten abzustimmen.

In § 206 II wird ausserdem bestimmt:

> Diejenigen Richter, deren Anträge bei der Abstimmung keine Mehrheit erlangen, haben sich in der folgenden Abstimmung einem der gestellten Anträge anzuschliessen.

Da es sich um ein Fünfergericht (1) handelt, und der Präsident nur bei Stimmengleichheit mitstimmt, können Anträge, die in der Abstimmung "keine Mehrheit" erlangen, nur solche sein, auf die nicht mehr als eine Stimme entfällt (2).
Die Formulierung ist insofern ungenau (3).

Das Urteil wird sofort mündlich eröffnet.
Massgebend für den Lauf der Rechtsmittelfristen ist jedoch erst die Zustellung der schriftlichen Urteilsanzeige (4).

---

(1) Zusammensetzung oben S. 35 Anm. 2.
(2) Wären es auch Anträge mit 2 Stimmen, könnte nie Stimmengleichheit entstehen, da sich diese 2 Richter einem nächsten Antrag anzuschliessen hätten. Im übrigen wäre es eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Beklagten, da dessen Rechtsbegehren am Schluss zur Abstimmung gelangt.
(3) Viel präziser Cartier (38) zur gleichen Formulierung in CPO 193 II.
(4) Vgl. Jeger, Spezialkommission 121.

3. Kapitel SCHLUSSBETRACHTUNG

Berücksichtigt man die Vielzahl von Entwürfen, die darin festzustellende grundlegende Wandlung in der Prozessauffassung und den überall durchschimmernden Dualismus von Tradition und moderner Prozesslehre, wird verständlich, warum der neue Prozess nie die Einheitlichkeit und Geschlossenheit des Berner oder des Bundeszivilprozesses auszustrahlen vermag.

Verglichen mit früheren solothurnischen Kodifikationen enthält die geltende Prozessordnung zweifellos einige beachtliche Neuerungen (1). Ihrer Struktur nach, namentlich im Verhältnis Richter-Parteien, ist sie aber eine "unbefriedigende Halbheit", und sie wird es angesichts der heutigen Entwicklungstendenzen immer mehr werden (2).

Solothurn hat sich mit seiner Haltung gesamtschweizerisch isoliert; von "Mut zum Neuen" kann keine Rede sein (3). "Mut" müsste den Solothurnern eher für ihren "Alleingang" zuerkannt werden, dafür dass sie es gewagt haben, der herrschenden Meinung zu widersprechen und lediglich

---

(1) Dies insbesondere im Beweisrecht.
(2) Vgl. Kummer, Gutachten 29.
(3) Schaad (106f.) billigt den Solothurnern "Mut" zu, weil sie nach den Anweisungen von Professor Kummer Beweisanordnungen von Amtes wegen zugelassen hätten. - Das unverdiente Lob beruht jedoch auf einer Fehlinterpretation von Wunderlich.

auf die eigenen -guten- Erfahrungen abstellten (1). Waren es indessen wirklich nur gute Erfahrungen? War nicht schon der parlamentarische Auftrag für die Durchführung der Revision in den Dreissigerjahren, die Motion von Dr. Ernst Wüthrich vom 25. Januar 1933, mit der unzweckmässigen Stellung des Richters begründet worden (2):

> In unserer Zivilprozessordnung ist die Stellung des Richters mangelhaft geregelt.
> Während der Prozesseinleitung hat er sich darauf zu beschränken, den Schriftenwechsel zu leiten; nachher verfügt er in einem sogenannten Beweisdekret über die Bewilligung oder Ablehnung der Beweismittel; später besorgt er die Beweisaufnahme, und am Tage der Hauptverhandlung, wenn alles fertig ist, kann er höchstenfalls bedauern, dass diese oder jene Tatsache nicht genügend oder überhaupt nicht bewiesen wurde und dass deshalb der Klageanspruch nicht begründet sei. Er kann nach unserer Zivilprozessordnung nicht einschreiten von Amtes wegen und sich nicht an der Erhebung des Tatbestandes beteiligen. Es muss dem Richter in der zukünftigen Zivilprozessordnung eine ganz andere Stellung eingeräumt werden, als diejenige, die ihm heute zukommt; der Richter muss nach Ansicht der Motionäre die Befugnis und sogar die Pflicht haben, in jedem Stadium des Prozesses von Amtes wegen zur Ergänzung oder wahrheitsgemässen Feststellung des Sachverhaltes die ihm nötig scheinenden Beweisverfügungen zu treffen.
>
> Der Richter wird von sich aus Unklarheiten richtigstellen und auch Ergänzungen vornehmen können. Der bernische Zivilprozess, der hier als Vorbild erwähnt werden muss -ich komme nicht darum herum- enthält einen Art. 89, der dem Richter die Pflicht auferlegt, von Amtes wegen zur

---

(1) Vgl. auch die Kritik Eggers, KRV 1926, 17, und die Kritik des Regierungsrates in der Botschaft 4.
(2) KRV 1933, 505.

> Ergänzung oder wahrheitsgemässen Feststellung des Sachverhaltes in jeder Lage des Prozesses einzugreifen.
> Die Motionäre haben die Meinung, dass wir diesen Grundsatz in unsere Zivilprozessordnung aufnehmen sollten. Der schroffe Formalismus, ist in unserem Zivilprozess sehr stark vertreten, und es soll die Aufgabe einer Total- oder einer genügenden Teilrevision sein, denselben zu beseitigen, wo es am Platze ist.

Liess sich unter diesen Umständen 1966 noch von "bewährten Leitsätzen" sprechen (1)? Ja, stand es dem Justiz-Departement und der Regierung überhaupt zu, die in einer erheblich erklärten Motion (2) eindeutig skizzierten Grundsätze der neuen Ordnung zu übergehen und ein völlig anders konzipiertes Verfahren zu entwerfen?

Aendern lässt sich heute daran sicher nichts mehr. Solothurn wird sich indessen kaum je rühmen können, bisher "Bewährtes" von der alten in die neue Prozessordnung übernommen zu haben.
Der Hinweis auf die guten Erfahrungen vermag auf alle Fälle die Kritik Professor Kummers nicht zu entkräften.

Einen "Alleingang" wird sich Solothurn auf die Dauer nicht leisten können. Das Wissen um einen eigenständigen Prozess, der sich aus der Reinert Tradition herausgebildet hat, hilft nämlich nicht über die sich zeigenden Schwierigkeiten hinweg, und es taucht die unvermeidliche Frage auf, was Eigenständigkeit und Tradition jetzt noch nützen.

---

(1) So Affolter, KRV 1966, 196.
(2) KRV 1933, 493ff.